



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO

MONIQUE FERNANDES SANTOS MATOS

**A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NAS
JURISPRUDÊNCIAS DAS CORTES EUROPEIA E INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS**

BRASÍLIA

2015

MONIQUE FERNANDES SANTOS MATOS

**A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NAS
JURISPRUDÊNCIAS DAS CORTES EUROPEIA E INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Strictu Sensu*, Mestrado em Direito das Relações Internacionais. Linha de Pesquisa em Proteção da pessoa humana.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Dias Varella

BRASÍLIA

2015

MONIQUE FERNANDES SANTOS MATOS

**A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NAS
JURISPRUDÊNCIAS DAS CORTES EUROPEIA E INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Strictu Sensu*, Mestrado em Direito das Relações Internacionais. Linha de Pesquisa em Proteção da pessoa humana.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Dias Varella

Brasília, 06 de março de 2015 .

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marcelo Dias Varella (Orientador)

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (Membro Interno)

Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo (Membro Externo)

AGRADECIMENTOS

Preciso expressar minha gratidão ao Prof. Dr. Marcelo Dias Varella, por ter aceitado orientar esta pesquisa, trabalho que desenvolveu com extrema dedicação, alegria, paciência e generosidade, em que pese as muitas atividades profissionais e acadêmicas a seu encargo. Muito obrigada!

Sou igualmente grata aos demais professores do *Programa de Pós-Graduação strictu sensu do Centro Universitário de Brasília*, com os quais tive a honra de aprender valiosas lições de Direito e de vida e a sorte de com eles conviver em um ambiente acadêmico produtivo, democrático, e muito estimulante.

Também foi importante a convivência diária com os colegas de mestrado, doutorado, e grupos de pesquisa, que em muito contribuíram, por suas generosas disposições em debater temas jurídicos, para o desenvolvimento de algumas ideias presentes neste estudo. A amizade deles também foi essencial para tornar a estadia em Brasília alegre e prazerosa, bem como a gentileza dos funcionários do Programa, sempre prontos a ajudar.

Aos meus amigos e familiares, que em tudo me apoiaram durante esses dois anos de dedicação intensiva aos estudos e longas ausências de casa, agradeço de todo o coração.

RESUMO

O presente estudo examina os direitos sociais, vistos sob a óptica do *Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH)*, especialmente as suas características particulares que geram a necessidade de adaptações na noção jurídica da *universalidade dos direitos humanos*, bem como o desenvolvimento de instrumentos jurídicos adequados ao processo de expansão harmônica nos diversos sistemas normativos. A finalidade principal da pesquisa é analisar as possibilidades (teóricas e práticas) de aplicação harmônica e coerente de normas garantidoras dos direitos sociais nos mais diversos Estados, como decorrência de seu caráter universal, postulado no direito positivo. Defende-se a existência de um regime jurídico próprio aos direitos sociais, e a necessidade de uma hermenêutica jurídica própria, voltada para o incremento de sua efetividade. Após a análise de decisões selecionadas, a presente pesquisa demonstra que essas peculiaridades nem sempre são inteiramente observadas pelas jurisprudências das cortes europeia e interamericana de direitos humanos em matéria de direitos sociais.

Palavras-chave: direitos sociais – universalidade – aplicação – expansão harmônica – jurisprudência – Corte Europeia de Direitos Humanos – Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This study examines the social rights, seen from the perspective of International Human Rights Law (IHRL), especially its particular characteristics that create the need for adjustments in the legal sense of the *universality of human rights* and the development of appropriate legal instruments to the harmonic expansion process in the various regulatory systems. The main purpose of the research is to analyze the possibilities (theoretical and practical) in a harmonious and consistent application of standards guarantors of social rights in various States, as a result of its universal character, postulated in positive law. It defends the existence of a special legal regime to social rights, and the need for a special legal hermeneutics, focused on the increase of its effectiveness. After the analysis of selected decisions, this research demonstrates that these peculiarities are not always fully observed by the jurisprudence of the european and inter-american courts of human rights related to social rights.

Keywords: social rights - universality - application - harmonic expansion - case law - European Court of Human Rights - Inter-American Court of Human Rights.

LISTA DAS PRINCIPAIS ABREVIATURAS E SIGLAS

AILPT	Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores
BIRD	Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CEDS	Comitê Europeu de Direitos Sociais
CIJ	Corte Internacional de Justiça
Comitê DESC	Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais
Com EDH	Comissão Europeia de Direitos Humanos
Com IDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte EDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CSE	Carta Social Europeia
DESC	Direitos econômicos, sociais e culturais
DIP	Direito internacional público
DIDH	Direito internacional dos direitos humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EPU	Exame periódico universal
FAO	Organização para a Alimentação e a Agricultura
FMI	Fundo Monetário Internacional
MNA	Margem nacional de apreciação
PIDCP	Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos
PIDESC Culturais	Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
OCDE	Organização de Comércio e Desenvolvimento Econômico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
OEA	Organização dos Estados Americanos
SEDH	Sistema Europeu de Direitos Humanos

SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
UNESCO Cultura	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 AS PARTICULARIDADES DOS DIREITOS SOCIAIS	18
1.1 A COMPLEXIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	19
1.2 O REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS DIREITOS SOCIAIS	27
1.3 A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS APLICADA AOS DIREITOS SOCIAIS	29
1.3.1 Noções essenciais aos direitos humanos relacionadas à universalidade	35
1.3.2 Desafios à universalidade dos direitos sociais	39
1.4 RELAÇÕES ENTRE A COMPLEXIDADE E O REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS DIREITOS SOCIAIS E A SUA UNIVERSALIDADE	43
1.5 SÍNTESE CONCLUSIVA	45
2 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	52
2.1 NOTAS SOBRE A HERMENÊUTICA JURÍDICA	54
2.2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA PRÓPRIA AOS DIREITOS SOCIAIS	60
2.3 A IMPORTÂNCIA DOS MECANISMOS DE AFERIÇÃO DE RESULTADOS E DE APURAÇÃO DE VIOLAÇÕES PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS..	66
2.4 SÍNTESE	

CONCLUSIVA	73
------------------	----

3 OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO E CONTROLE DOS DIREITOS SOCIAIS77

3.1 O DIREITO INTERNACIONAL SOCIAL E OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO	77
--	----

3.2 O SISTEMA UNIVERSAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS....	85
--	----

3.2.1 A Organização das Nações Unidas (ONU)	86
---	----

3.2.2 A Organização Internacional do Trabalho (OIT)	94
---	----

3.2.3 Outras organizações internacionais atuantes na promoção de direitos sociais	99
---	----

3.3 OS SISTEMAS EUROPEUS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	10
---	----

1

3.3.1 O Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH)	104
--	-----

3.3.2 Interação jurisdicional entre os sistemas europeus (TJUE e Corte EDH)	107
---	-----

3.4 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS (SIDH)	113
--	-----

3.4.1 A Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Com IDH e Corte IDH)	115
---	-----

3.5 CONSIDERAÇÕES COMPARATIVAS ENTRE OS SISTEMAS REGIONAIS	119
--	-----

4 TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL DAS CORTES EUROPEIA E INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS122

4.1 LINHAS GERAIS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EDH	126
--	-----

4.1.1 A interpretação	
-----------------------	--

integrativa	127
4.1.2	A interpretação
construtiva	132
4.1.3 O uso da margem nacional de apreciação em prejuízo à expansão dos direitos sociais.....	136
4.2 LINHAS GERAIS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH	141
4.2.1 Linhas argumentativas em violações a DESC de grupos de pessoas em situação social vulnerável	144
4.2.2 Linhas argumentativas na interpretação ampliada do direito à vida para incluir a garantia de DESC	147
4.2.3 Linhas argumentativas em violações ao direito à liberdade sindical e ao direito à saúde	149
4.2.4 Linhas argumentativas em violações ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC de pessoas que não se encontram em situação de vulnerabilidade social	15
0	
4.3	CONSIDERAÇÕES
COMPARATIVAS	156
 CONSIDERAÇÕES	
FINAIS	159
 REFERÊNCIAS	168

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, vistos sob a óptica do *Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH)*, apresentam características particulares que geram a necessidade de adaptações na noção jurídica da *universalidade dos direitos humanos*, bem como o desenvolvimento de instrumentos jurídicos adequados ao processo de expansão harmônica nos diversos sistemas normativos. A presente pesquisa demonstra que essas peculiaridades nem sempre são inteiramente observadas pelas jurisprudências das cortes europeia e interamericana de direitos humanos.

Neste sentido, a pesquisa que ora desenvolvemos, centrada nos direitos humanos sociais, possui a finalidade de enfrentar tema que tem se mostrado controverso no âmbito normativo do DIDH, qual seja, as possibilidades (teóricas e práticas) de aplicação harmônica e coerente de normas garantidoras dos direitos sociais nos mais diversos Estados, como decorrência de seu caráter universal, postulado no direito positivo. Tudo isso a ser realizado sem desconsiderar a necessidade do diálogo intercultural e as peculiaridades dos direitos sociais, como a complexidade na definição de seus conteúdos, aferição de resultados de sua implantação e constatação de violações.

Tal questão tem sua origem na percepção de que determinadas características ou particularidades ordinariamente atribuídas aos direitos sociais nos textos legais, jurisprudências e estudos sobre o tema (algumas delas sem uma justificativa plausível), como a progressividade em sua aplicação (em parte decorrente da eventual escassez de recursos estatais), vão de encontro à universalidade, eis que, na prática desses direitos, impedem, retardam ou diminuem o gozo destes por todas as pessoas independentemente do lugar em que se encontrem.

Em outras palavras, as perguntas que nos fazemos ao enfocar o tema são, em especial:

(i) O que significa afirmar que os direitos sociais são universais, se em cada Estado (ou mesmo no interior deles), sua aplicação se dará em níveis e com conteúdos diversos, a depender da cultura específica, situação econômica e financeira, e grau de desenvolvimento (político, econômico e social), dentre outros fatores extremamente variáveis?

(ii) Existe uma hermenêutica jurídica própria apta a proporcionar uma aplicação

harmônica dos direitos sociais, levando em consideração um determinado sistema jurídico de proteção aos direitos humanos ou, ainda, a interação entre dois ou mais sistemas?

(iii) Como os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos (europeu e interamericano), que são os que mais tem se ocupado da tarefa de harmonização da aplicação dos direitos humanos, enfrentam a tarefa em relação aos direitos sociais? Tais cortes regionais exigem dos Estados submetidos a sua jurisdição uma aplicação harmônica das normas de direitos sociais, ou conferem a estes ampla liberdade em suas seleções entre as diversas opções de política legislativa e políticas públicas? Se o fazem, quais os mecanismos jurídicos e linhas argumentativas que utilizam com maior ênfase? É possível dizer se estas cortes contribuem significativamente (ou não) para a expansão contínua e harmônica dos direitos sociais nas regiões de suas atuações?

Neste sentido, após uma abordagem inicial retratando as questões teóricas mais relevantes para elucidar o problema, e uma apresentação da estrutura dos sistemas de proteção e controle, restringimos nossa análise às linhas gerais da jurisprudência da *Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH)* e da *Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)*, em matéria de proteção a direitos sociais, sempre com um viés comparativo, por serem órgãos de controle jurisdicionais e com mandatos específicos para os direitos humanos.

Deixaremos de pesquisar, dado aos limites deste estudo, a jurisprudência gerada por outras importantes cortes internacionais, como o *Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)*, ou a *Corte Internacional de Justiça (CIJ)*, por não terem mandatos específicos para o tema, bem como de outros órgãos de controle não jurisdicionais, como o *Comitê Europeu de Direitos Sociais (CEDS)*.

Contudo, não podemos deixar de observar, desde logo, que a atuação desses órgãos de controle pode ocorrer de modo coordenado, em regime de cooperação expressamente admitida e estruturada institucionalmente, ou, implicitamente, por referências jurisprudenciais cruzadas, por exemplo, de modo que uma visão geral dos diferentes órgãos de controle integrantes dos principais sistemas é essencial nesta análise, bem como de suas interconexões já passíveis de serem identificadas como realidade ou tendência das suas práticas, em busca da expansão dos direitos sociais.

Concentraremos nossos esforços na técnica de pesquisa por meio de revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros que abordam o tema, direta ou indiretamente, e, não obstante, na análise pontual de diversificadas decisões das cortes regionais competentes

para o enfrentamento das causas envolvendo violação dos direitos sociais. Desse modo, seremos guiados pelo método dialético, em que, inicialmente, apresentaremos o nosso ponto de vista à luz de ensinamentos de alguns autores e também sob a óptica da análise de julgados das cortes europeia e interamericana de direitos humanos. Ou seja, a tese inicia e, com o aporte crítico desses conteúdos, aparece a nossa antítese, para, no último capítulo, sintetizarmos o todo posto em prova, posto em debate.

Inicialmente, nossa tarefa compreende abordar questões teóricas ligadas aos *direitos sociais enquanto categoria especial de direitos, sua complexidade, regime jurídico próprio e universalidade*, em uma preparação preliminar e indispensável ao problema a ser enfrentado. Com efeito, partiremos do estudo das peculiaridades dos direitos sociais e de seu singular (e nem sempre eficaz) regime jurídico, apresentando noções colhidas da doutrina de juristas nacionais e estrangeiros, dialogando com esses autores e outros estudiosos dos direitos humanos, para a preparação do campo teórico basilar da dissertação que ora apresentamos.

Isso porque, segundo cremos, as contribuições do pensamento de juristas e estudiosos envolvidos com pesquisas sobre os direitos humanos, em especial para a análise dos direitos sociais, são imprescindíveis para a inteligibilidade do conjunto (que se quer fazer harmônico) de normas e, com isso, propomos reflexões sobre noções essenciais de alguns extratos selecionados de suas obras e sua relação com a universalidade dos direitos sociais¹.

A percepção fundamental a ser extraída dessa parte da pesquisa é a demonstração da singeleza com que o tema deve ser tratado, pois as próprias características primárias dos direitos sociais e o seu regime jurídico, por efeito paradoxo, podem prestar-se a afastar a sua pretensa universalidade, ou pretensão universalizante, que não passaria de mais um *mito*, na linguagem dos direitos humanos, por sua suposta falta de exigibilidade jurídica (ou, em última análise, de um instrumento de *aculturação jurídica*).

Assim, por exemplo, cremos ser necessário estudar mais profundamente o significado de alguns princípios atribuídos a esse particular regime jurídico, como o *princípio do desenvolvimento progressivo*, e o da *reserva do possível* (seu antecedente lógico), para podermos, numa etapa seguinte, analisar como ocorre, no estágio atual, sua aplicação na jurisprudência afeta ao tema, e quais as suas consequências para o processo de expansão harmônica dos direitos sociais.

¹ Resta, porém, a incômoda certeza de que outras tantas obras, tão relevantes quanto aquelas que foram selecionadas, não serão destacadas, dado à extensão das pesquisas teóricas sobre os direitos humanos, a incluir também os direitos sociais.

Ou seja, é preciso verificar se a garantia teórica dos direitos sociais estarem acessíveis a todos e em qualquer lugar do planeta (ou, ao menos, nos territórios de Estados comprometidos juridicamente com a sua normatividade por meio dos sistemas de proteção), quando confrontadas com outras características, também teóricas, de seu regime jurídico, poderia estar ameaçada, o que também teria reflexos na prática desses direitos, bem como na jurisprudência a eles destinada.

Com essa pesquisa, portanto, temos o objetivo também de diagnosticar, em etapa seguinte, se e como esse processo se desenvolve na realidade da atuação das cortes internacionais de proteção aos direitos humanos (mais especificamente, segundo o corte metodológico que ora propomos, na Corte EDH e Corte IDH). Assim, o nosso objeto de estudo revela-se essencial para que soluções jurídicas a essas dificuldades de aplicação sejam propostas, conciliando a universalidade com a complexidade intrínseca a esses direitos e a sua prática, em benefício de uma maior efetividade dos direitos humanos sociais.

Aprofundando um pouco o estudo, abordaremos questões ainda teóricas sobre *a aplicação dos direitos sociais*, subdividindo esse estudo em uma pesquisa sobre *a hermenêutica dos direitos sociais*, que, segundo entendemos, precisa estar apta a munir o intérprete de instrumentos de análise que superem tais obstáculos, enquanto meio de realizar as promessas legislativas no campo, e, avançando a pesquisa para tratar de outros mecanismos de harmonização dos direitos sociais à sua universalidade, destacamos *a importância dos mecanismos de aferição de resultados e de apuração de violações cometidas pelos Estados para a expansão dos direitos sociais*.

Nesse sentido, a intenção central desta etapa é apresentar, em linhas gerais, maneiras de interpretar as normas de direitos sociais, e instrumentos jurídicos utilizados na busca pelo controle de sua aplicação, que possam servir, ao menos teoricamente, à organização de um processo de expansão contínua e harmônica destes direitos e, conseqüentemente, de reversão do déficit de efetividade, ou seja, dos baixos índices de concretização dos direitos sociais, em contradição à intensa proliferação de instrumentos normativos e mecanismos de proteção a essa categoria de direitos humanos.

Em continuidade da abordagem ora proposta, importante se afigura *a análise dos sistemas de controle e proteção dos direitos humanos* em exercício de suas competências de controle da aplicação dos direitos sociais, como uma atuação que se dará em etapa complementar, necessariamente afeta à aferição de resultados e de violações cometidas pelos

Estados. A finalidade deste estudo é destacar as principais características, tendências e instrumentos desses sistemas, bem como as distinções relevantes entre os mecanismos atualmente em voga para a proteção e controle dos direitos ditos civis e políticos ou individuais e aqueles existentes (ou não) para os direitos sociais.

Para tanto, abordaremos, ainda que de maneira sintética, como dissemos anteriormente, os diferentes sistemas que compõem essa intrincada rede de proteção aos direitos humanos, com destaque para o *sistema universal*, sediado no âmbito da *Organização das Nações Unidas (ONU)*, mas também integrado por outras organizações internacionais com pretensões universais a favor dos direitos sociais, como a *Organização Internacional do Trabalho (OIT)*; os *sistemas europeus* (o regional e capitaneado pelo *Conselho da Europa* e o sistema decorrente do direito comunitário, a encargo da *União Europeia - UE*) e, ainda, o *sistema regional interamericano*, desenvolvido e mantido pela *Organização dos Estados Americanos (OEA)*.

Sobre o *sistema universal de proteção aos direitos humanos*, a pesquisa será limitada a apontar suas características essenciais, cujo conhecimento é incontornável ao tratarmos do objeto de estudo, pois é dele que deriva a tentativa mais visível de dar um conteúdo comum, universal por assim dizer, aos direitos sociais, como atesta o trabalho desenvolvido no âmbito da OIT, em matéria trabalhista especialmente, bem como em outras organizações internacionais com vocação universal.

Também é nas organizações desse sistema que identificamos os esforços mais relevantes para o desenvolvimento de mecanismos de aferição de resultados e de violações pelos Estados aos direitos humanos, com elaborados instrumentos de supervisão e controle da atuação estatal, cujo prestígio, na comunidade internacional, nas mídias, e na política internacional e interna aos Estados é crescente, apesar das inevitáveis críticas e deficiências.

Contudo, por este sistema não dispor, até o presente, de mecanismos jurisdicionais de controle, ou seja, não abranger uma corte internacional (universal) com mandato afeto aos direitos humanos, mas sim apenas órgãos de controle não jurisdicionais, a atuação do sistema universal não será detalhadamente revisada nesse estudo, cujo foco será a pesquisa da jurisprudência de cortes regionais em matéria de direitos humanos e sua contribuição (ou eventual omissão) para a definição de um conteúdo comum, e a consequente expansão harmônica dos direitos sociais².

² Cumpre ressaltar, porém, que tal opção metodológica não significa uma omissão no reconhecimento da

Quanto aos *sistemas europeus de proteção aos direitos humanos*, importante destacar a duplicidade de sistemas continentais, visível desde que a UE passou a expressamente preocupar-se com a temática dos direitos humanos. Importante, assim, a análise do papel exercido pela corte supranacional (*Tribunal de Justiça da União Europeia*) e pela corte internacional (*Corte Europeia de Direitos Humanos*), ambas atuantes no cenário europeu, especialmente quanto à interação crescente de suas jurisprudências em matéria de direitos humanos.

Para tanto, caberá ainda retratar a forma institucional de relacionamento de tais cortes após o início do processo de negociação da adesão da UE à *Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)*, instrumento jurídico mais importante do *Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos (SEDH)*, especialmente no que se refere às atribuições de competência e possíveis vinculações às jurisprudências adotadas em cada uma delas. A análise do conteúdo jurisprudencial das decisões sobre o tema, contudo, ficará restrito à Corte EDH, devido à especialização de sua competência em direitos humanos, e, mais ainda, delimitado às causas de destaque envolvendo direitos sociais, dado aos objetivos e limites desta pesquisa.

Quanto ao *Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH)*, a análise será, de modo transversal, mas suficiente a embasar a pesquisa que ora propomos, inicialmente embasada em seu marco normativo, principais instituições, procedimentos adotados, e características essenciais, especialmente em comparação ao modelo europeu (que lhe serviu de inspiração por ser pioneiro na matéria, e por contar com mais tempo de atuação e número muito superior de decisões proferidas)³.

Dando sequência ao estudo, iniciamos uma etapa em que visamos compreender (ainda que por extrato da realidade e de forma bem delimitada) a prática do controle da aplicação dos direitos humanos pelas cortes integrantes dos sistemas regionais europeu e interamericano. Assim, voltaremos nosso foco para *a proteção aos direitos sociais na jurisprudência dos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos*, avaliando a prática desses sistemas tal qual refletida na *jurisprudência da Corte Europeia de Direitos*

relevância do sistema universal para a expansão dos direitos humanos como um todo, e também dos direitos sociais, em particular, o que seria um grande equívoco, mas sim uma necessária delimitação do objeto de estudo para melhor adequação aos objetivos e limites desta pesquisa.

³ Não serão objeto de análise, contudo, por razões metodológicas, as questões políticas envolvidas nessas singulares interações institucionais, as quais, por sua complexidade, demandam estudos específicos e de índole transdisciplinar.

Humanos e da Corte Interamericana de Derechos Humanos.

O intuito da pesquisa é, em poucas palavras, o de constatar se existe (ou não) uma tendência jurisprudencial que possibilite o processo de expansão dos direitos sociais, de modo harmônico entre os Estados que integram tais sistemas regionais (o que, a nosso sentir, passa pela afirmação da juridicidade e controle da aplicação desses direitos, ao menos em seu núcleo essencial, por tais órgãos de controle jurisdicional).

Por tudo, resta-nos esclarecer que a importância do estudo das jurisprudências da Corte EDH e Corte IDH em matéria de direitos sociais, relacionando-as aos resultados proporcionados pelas análises teóricas propostas, está em possibilitar uma crítica do que já se construiu, obtendo-se um panorama atual, e eventualmente revelando incoerências, contradições, ou omissões, para sugerir uma correção de rumos, no sentido de uma proteção mais efetiva e, conseqüentemente, uma maior expansão dos direitos sociais, seja a nível de aperfeiçoamento das legislações dos sistemas jurídicos envolvidos, ou das políticas públicas voltadas à sua promoção.

1 AS PARTICULARIDADES DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são categorias especiais de direitos⁴ que, ao lado das características comuns aos demais direitos humanos, possuem uma complexidade e um regime jurídico próprios, marcados por peculiaridades que impescindem de ser bem analisadas pelos estudiosos do seu campo, e geram necessidades de adaptações à noção de *universalidade dos direitos humanos*⁵. Assim, em linhas gerais, podemos afirmar que os direitos sociais são peculiares por possuírem uma singular complexidade, por estarem regulados em um regime jurídico próprio, e por demandarem adaptações na noção de universalidade.

O entendimento da progressiva aparição e reconhecimento dos direitos sociais, em momentos distintos e em diferentes níveis de precisão e concreção, fenômeno relevantíssimo para a compreensão do tema da expansão harmônica desses direitos, por exemplo, apontará para a ocorrência de vários fatores históricos que contribuíram, em muito, para sua atual configuração jurídica, tanto nos planos nacionais quanto no internacional, supranacional e regional, sem embargo da paulatina conformação jurídica que ainda se impõem por esses fatores ao plexo de valores sociais⁶.

Como reflexo de tais particularidades, o *direito internacional social*, na forma como o conhecemos atualmente, é consequência de um longo e sinuoso trajeto histórico, político, filosófico e, por corolário, jurídico, pontuado por avanços notáveis, consagrados principalmente pelos trabalhos desenvolvidos no âmbito da *Organização Internacional do Trabalho*, desde sua criação em 1919, sem embargo das atividades de outras organizações internacionais com vocação universal, como a *Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura* (UNESCO) e a *Organização Mundial de Saúde* (OMS), por exemplo, bem como à vista do *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e*

⁴ O direitos sociais devem parte de suas peculiaridades ao fato de terem sido gerados a partir de necessidades específicas da sociedade industrial, organizada pelo *Estado Moderno*, e como consequência de opções políticas e de governo das elites, conjugadas ao efeito de lutas de classes menos favorecidas pelo então incipiente sistema capitalista de produção.

⁵ Nesta pesquisa, utilizamos a noção de *universalidade dos direitos humanos* como aquela que traduz a circunstância dos direitos humanos serem atribuíveis a todos os homens independentemente da sua situação geográfica e da sua vivência histórica. FERNANDES, Antonio José. **Direitos humanos e cidadania europeia. Fundamentos e dimensões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 13.

⁶ Sobre a formação histórica e filosófica dos direitos humanos sociais ver, por todos: DORADO PORRAS, Javier (coord.). **Historia de Los Derechos Fundamentales. Tomo III: Siglo XIX. Volumen II. La Filosofía de los Derechos Humanos. Libro I. Capítulo XXVIII Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Apuntes para su Formación Historica**. Madri, Editorial DYKINSON, p. 423-468.

Culturais (PIDESC), gestado na *Organização das Nações unidas (ONU)*, em 1966, e de outros instrumentos internacionais de direitos humanos⁷.

Nesta seara, e reduzindo um pouco mais o espectro de análise para adequação ao objeto de estudo, as características essenciais dos direitos sociais que impactam mais diretamente a sua expansão harmônica nos diferentes sistemas jurídicos, bem como em suas interações, podem ser traduzidas em sua *complexidade*, *regime jurídico próprio*, e *universalidade*, cada uma delas com um papel relevante neste delicado processo, o que se faz notar a nível normativo, doutrinário e jurisprudencial.

Em poucas palavras, em se tratando de direitos sociais, por *complexidade*, visualizamos o fato da compreensão e aplicação destes envolverem múltiplos fatores sociais e jurídicos e variados sistemas normativos, além da especial densidade de seu(s) conteúdo(s); por seu *regime jurídico próprio*, peculiar e, até mesmo, se assim podemos dizer, *sui generis*, a presença de uma lógica jurídica e principiologia próprias; e, por sua especial *universalidade*, entendemos como a tradução de estes afigurarem atribuíveis a todos os seres humanos, em todos os lugares; tudo isso a gerar relevantes debates teóricos e críticas contundentes a uma parcela considerável da produção jurídica sobre o tema.

Assim, a complexidade, o regime jurídico próprio e a universalidade dos direitos sociais, sob o prisma de sua apropriação pelo *direito internacional dos direitos humanos*⁸, perfazem abordagens de suma importância para a identificação dos diversos matizes dos contornos jurídicos a eles dados nos variados desenhos das relações internacionais contemporâneas, dos sistemas de proteção, e dos ordenamentos jurídicos que os consagram, mormente diante de uma inequívoca pretensão universalizante.

1.1 A COMPLEXIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A complexidade do sistema de proteção dos direitos humanos e, por consequência,

⁷ THOUVENIN, Jean-Marc, e TREBILCOCK, Anne (orgs.). **Droit international social. Droit économiques, sociaux et culturels. Tome 1. Particularités du droit international social.** Bruxelles: Éditions Bruylant, 2013. p. 25. Tradução livre.

⁸ O *direito internacional dos direitos humanos* é um subramo do Direito Internacional Público (DIP) que tem por objeto o estudo do conjunto de normas jurídicas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, que reconhecem à pessoa humana direitos e liberdades fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana e que consagram as respectivas garantias desses direitos.

dos direitos sociais, é um aspecto que não pode ser ignorado em estudos sobre o tema, pois estes direitos acrescentam novas dificuldades e obstáculos à regulação normativa e aplicação das normas que os veiculam⁹, em relação às também presentes em todas as categorias de direitos humanos (aqui empregadas apenas para fins metodológicos, sem olvidar a interdependência dos direitos humanos). Trata-se de característica que, portanto, dá a tônica destes direitos, em decorrência da pluralidade de sistemas jurídicos a normarem esses direitos (*complexidade estrutural ou de âmbito formal*); e de seus conteúdos serem abrangentes de diversos outros direitos, componentes ou subsidiários (*complexidade do conteúdo ou de âmbito material*).

Não se pode deixar de assinalar, ainda, as inúmeras ambiguidades e dificuldades no trato do tema, reconhecendo-se que o próprio significado da expressão *direito* na expressão *direitos do homem* (que chega a ser adjetivada de *muito vaga*¹⁰) enseja um debate que pode ser qualificado de *permanente e confuso*^{11/12}. E, ainda, citar a recorrente (e ainda atual) problemática em torno do *fundamento dos direitos do homem*, atualmente apaziguada pela lúcida conclusão de que, sendo os direitos humanos um elenco variável de direitos, conforme a época histórica, e a civilização considerada, não se pode chegar a um fundamento único, absoluto e imutável para toda essa classe de direitos, por essência, historicamente relativos¹³.

Neste sentido, a análise de tal complexidade tem como ponto de partida o reconhecimento de que, pensar em temas de direitos humanos^{14/15}, na atual conjuntura

⁹ Sobre tais dificuldades, ver, por todos, PINHEIRO, Marcelo Ribeiro. **A eficácia e efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional: em busca da superação de obstáculos**. Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre perante a Universidade de Brasília, em 2008.

¹⁰ BOBBIO, 2004. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 5. Reimpressão, p. 37.

¹¹ Bobbio, 2004. *Op.cit.* p. 27.

¹² Em se tratando de DESC, as dificuldades em torno da conceituação e fundamentação de direitos humanos são ainda maiores, como bem explica Charles R. Beitz ao ponderar que, se os direitos humanos são tidos como pertencentes a todas as pessoas “*enquanto tal*”, ou “*simplesmente em virtude de sua humanidade*”, somente se eles são genéricos no sentido dado por Hart, então muitos dos direitos reconhecidos na doutrina internacional parecem duvidosos – especialmente os direitos econômicos e sociais. BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 69. Tradução livre.

¹³ Bobbio, 2004. *Op.cit.* p. 38

¹⁴ Não será objeto desta dissertação a polêmica em torno do conceito de *direitos humanos* ou, ainda, sua relação ou coincidência com o termo *direitos fundamentais*. Para este estudo, ambos os conceitos são utilizados como relativos a direitos essenciais à existência digna da pessoa humana, sendo os primeiros, *direitos humanos*, originados em normas internacionais (tratados ou costumes), e os segundos, *direitos fundamentais*, tomados como aqueles positivados em ordens jurídicas nacionais, em especial com sede constitucional. Ver, neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 29.

¹⁵ Também não abordaremos, diretamente, a problemática em torno das dimensões dos direitos humanos, nem tampouco a respeito da refutação de um fundamento absoluto para estes direitos, que são temas que desbordam os estreitos limites deste estudo.

política, cujas características essenciais decorrem do processo de globalização econômica¹⁶, e diante da pluralidade de sistemas jurídicos que se sobrepõem e interconectam, formando uma rede de proteção aos direitos elencados nos mais diversos catálogos normativos¹⁷, requer uma abertura da visão tradicional do Direito, para que o novo ganhe espaço.

Complexidade estrutural ou de âmbito formal. São novos sistemas jurídicos a instrumentalizarem os direitos humanos, novas conexões entre eles, novos instrumentos, procedimentos e garantias, e também novos direitos, tudo isso a demandar um esforço intelectual e uma postura mais flexível do intérprete, além de conferir papel de destaque a construções jurisprudenciais no âmbito dos diversos sistemas jurídicos¹⁸. Isso porque, como sabemos, os *direitos humanos* ou *direitos do Homem*, como preferem na Europa Continental, passaram a ocupar lugar de destaque na agenda das relações internacionais contemporâneas (ao menos, como tendência mais visível, desde o fim da II Guerra Mundial), e a demandar essa (re)estruturação dos ordenamentos jurídicos a seu favor, em benefício de sua expansão¹⁹.

Partindo do âmbito do *direito internacional publico*, por exemplo, fizeram nascer um novo ramo (ou sub-ramo, para alguns) o *direito internacional dos direitos humanos*, com uma nova leitura de institutos centrais dos principais fenômenos jurídicos, como os *sujeitos de*

¹⁶ Neste sentido, José Eduardo Faria, comentando os efeitos da globalização econômica sobre a efetividade dos direitos humanos, ensina que: “Na dinâmica desse processo, o Estado não mais decide as taxas e impostos a serem cobrados – pelo contrário, são esses agentes produtivos que acabam elegendo o quanto e onde irão pagá-los. São eles que, podendo concentrar suas linhas de produção nos países que oferecem as melhores contrapartidas para seus investimentos, selecionam o sistema tributário a que irão se submeter. As consequências são fatais para a efetividade dos direitos humanos, principalmente para os de última geração, na medida em que dependem de orçamento em volume suficiente para assegurar o financiamento de políticas públicas”. FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 5.

¹⁷ Mireille Delmas-Marty destaca que, “(...)atualmente, não é mais possível ignorar a superposição de normas, nacionais, regionais e mundiais, nem a abundância de instituições e juízes, nacionais e internacionais, com competência ampliada.”. E, também, que: “essas novas realidades fazem evoluir o direito para sistemas interativos, complexos e marcadamente instáveis. Mais que uma falência do direito, trata-se de uma mutação, na própria concepção de ordem jurídica.”. DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel**. Paris: Éditions du Seuil, 2004, p. 7. Tradução livre.

¹⁸ Sobre a complexidade das práticas que se desenvolvem, sob a pressão juridicamente multiforme dos direitos humanos, Mireille Delmas-Marty desenvolve uma análise, a partir da constatação de que o fenômeno “(...) cria um sentimento de inquietude - por vezes de pânico – diante de todo poder discricionário dado aos juízes e a incerteza de decisões que podem ser, ao mesmo tempo, pouco transparentes e pouco previsíveis.”. DELMAS-MARTY, Mireille. **Le flou du droit. Du Code Pénal aux droits de l’homme**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p. 386. Tradução livre.

¹⁹ Há autores que identificam, nesse processo, uma evolução do próprio modelo ou papel do Estado nas sociedades ocidentais, por meio da *internacionalização dos direitos humanos* desenvolvida após a DUDH e dos instrumentos regionais, que possibilitaram a formação de um padrão de *Estado de Direito*. Neste sentido, CHEVALIER, JACQUES. **L'État post-moderne**. 4. ed. Paris: Maisons des Sciences de l'Homme, 2014, p. 178. Tradução livre.

DIP, com o indivíduo gerando acirradas polêmicas sobre sua condição (ou não) de sujeito²⁰; a *responsabilidade internacional estatal* (agora também verticalizada, para abranger a relação entre o Estado e o indivíduo), a *responsabilidade internacional de pessoas físicas ou jurídicas*, a noção de *crime internacional*, dentre muitos outros novos institutos ou interpretações.

No âmbito do direito clássico, interno, nacional, os direitos humanos foram positivados, especialmente em sede constitucional, dando novo sentido a esse instrumento normativo (o qual adquiriu uma centralidade indiscutível nos sistemas jurídicos nacionais), e a todos os demais deles dependentes nos sistemas jurídicos particulares, provocando o que se

²⁰ Permanece ainda viva, por exemplo, a questão em torno da suposta extensão do *status* jurídico de pessoas de direito das gentes aos indivíduos, cujos defensores baseiam seus argumentos, em especial, na adoção pelos Estados soberanos de tratados internacionais que oferecem crescente proteção aos direitos humanos, bem como o desenvolvimento de mecanismos de supervisão e controle desses tratados nos quais o indivíduo pode atuar diretamente em instâncias internacionais para a proteção desses direitos, e o reconhecimento do indivíduo como sujeito de responsabilidade penal internacional, como uma realidade irreversível e inegável. Os antagonistas deste entendimento, contudo, defendem que somente os Estados e organizações internacionais são pessoas de direito internacional, pois, nas relações desse direito, somente estes são, simultaneamente, titulares de direitos e deveres. Para os indivíduos ou empresas, estes somente gozarão de direitos, no âmbito das relações internacionais, se os Estados soberanos manifestam sua vontade expressa nesse sentido (que é exatamente o que ocorre com a prerrogativa de acessar certos foros internacionais). Também argumentam que indivíduos não possuem deveres propriamente ditos em face à ordem jurídica internacional, e que a punição de indivíduos pela prática de supostos crimes internacionais carece de rigor científico. Entre os antagonistas, destaca-se a posição de Francisco Rezek, que afirma, de modo categórico, que não têm personalidade jurídica de direito internacional os indivíduos e as empresas. Sua posição baseia-se na limitada e pontual capacidade postulatória dos indivíduos, sempre concedida convencionalmente por consenso entre os Estados ou organizações internacionais. Primeiro, porque o acesso a foros internacionais não é uma regra geral, mas, sim, prática de alguns sistemas de direito internacional, em determinadas condições, e com abrangência regional, especialmente o europeu; não se verificando, por exemplo, no sistema da Corte Interamericana de Direitos Humanos (cf. art. 61, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos). Segundo, porque a personalidade internacional, para este autor, implica a capacidade de produzir normas de direito internacional, o que nunca foi facultado a indivíduos, que somente participam da sua elaboração na condição de representantes indicados por Estados ou organizações internacionais, e nunca em nome próprio. E, terceiro, porque, em consequência da falta de poder participar na criação de normas, a noção de *dever jurídico*, no âmbito internacional, não se aplica a indivíduos ou empresas. Estes são sempre titulares de direitos ou deveres em função da ordem jurídica interna (propriamente dita) dos Estados a que estão subordinados, ou, dado ao direito dos tratados, devido à recepção de normas convencionais nessa mesma ordem interna. Desse modo, sustenta o entendimento de que somente os Estados e organizações internacionais, comprometidos que são com as normas internacionais que criam e aderem por consenso, podem praticar *ilícitos internacionais*. Assim, indivíduos não estariam sujeitos à chamada *responsabilidade internacional* e não seriam sujeitos de direito das gentes, o que não se alteraria, por exemplo, dado a terem respondido perante algum foro internacional, por falta de atuação da ordem jurídica interna do seu Estado, o que sempre ocorre por expressa e voluntária adesão, desse mesmo Estado, à jurisdição da corte internacional envolvida. REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**, 14. ed. Saraiva. São Paulo: 2013, p.188. Estamos com aqueles que incluem os indivíduos entre os sujeitos de DIP, dado à ampla tutela de direitos humanos e, portanto, de direitos subjetivos de indivíduos por normas deste ramo do direito, e ainda por entendermos que tais normas geram deveres sim para os indivíduos e empresas, dado ao efeito horizontal destas. Por fim, a circunstância de tais direitos e deveres jurídicos serem gerados por vontade estatal em nada prejudica tal condição, pois é característica comum às normas jurídicas a sua geração pelo Estado, com maior ou menor intervenção de terceiros, a depender da hipótese. Assim, enquanto a participação privada na elaboração das normas jurídicas é escassa no direito público, esta é mais presente no direito privado, sem que esta variabilidade prejudique a condição do indivíduo de sujeito de direito.

tem denominado de *constitucionalização do direito*. Esse processo, ainda em curso, está consolidando uma transformação nos demais ramos do direito doméstico, que passam a ter seus institutos (re)interpretados conforme a óptica dos direitos humanos²¹.

O ganho em termos de aplicação e efetividade dos direitos humanos nesses sistemas foi e ainda é tema de maior destaque na doutrina jurídica (em que pese a presença, sempre marcante, da crítica embasada na demanda por mais efetividade em alguns temas específicos, com destaque para os direitos sociais²²), e se faz visível nas mais diversas e relevantes decisões das cortes constitucionais e outras cortes dos sistemas judiciários nacionais.

Entre esses dois sistemas, mas sem grau de hierarquia, apenas de conectividade, sobreposição, ou de subsidiariedade (em algumas hipóteses específicas), ganham destaque, em continentes ou regiões infracontinentais, os *sistemas regionais de proteção aos direitos humanos* (dentre os quais trataremos do europeu e do interamericano, devido ao sistema africano ainda estar iniciando seus trabalhos jurisdicionais²³, e aos demais continentes não os possuírem)²⁴. Independentemente da região onde se encontrem, esses sistemas geram relevantes impactos políticos, sociais e jurídicos, especialmente sobre a política legislativa dos Estados deles integrantes, que passam a ter sua normatividade supervisionada por ação dessas cortes internacionais.

No âmbito europeu, ainda existe um terceiro sistema de proteção aos direitos humanos, configurando o denominado *triângulo europeu* (ou quarto sistema, se

²¹ Sobre a necessária integração entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, George Rodrigo Bandeira Galindo, ensina que: “*Numa sociedade descentralizada, onde o voluntarismo estatal ainda permite que os Estados ajam de modo contrário ao Direito Internacional, deve-se perceber que o Direito Constitucional, por ser mais eficaz, possui mais instrumentos para permitir que os Direitos Internos se abram ao fenômeno internacional como um todo. Isto, longe de significar ser mais importante o Direito Constitucional, implica a defesa da interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, utilizando-se o primeiro constantemente do segundo e favorecendo um maior fortalecimento e uma maior amplitude do Direito Constitucional Internacional.*” GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 98

²² O tema pode ser visto ainda sob o prisma da falta de uma adequada atuação estatal em prol da concretização dos direitos sociais, que assim não passariam de uma mera resposta jurídica, a considerar os grupos vulneráveis como beneficiários, em detrimento do projeto coletivo, integracional e promocional do Estado Social. BEC, Colette. **De l'État social à l'état des droits de l'Homme?** Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2007, p. 191-196. Tradução livre.

²³ A *Carta da Unidade Africana*, de 25 de maio de 1963, reflete a preocupação dos Estados africanos de garantirem sua independência e livrarem-se do julgo colonial, ao mesmo tempo em que buscam o desenvolvimento econômico e social. A referência apenas formal aos direitos humanos neste texto jurídico gerou a necessidade de adoção de um texto mais específico, a *Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos*, de 27 de junho de 1981, cuja nota distintiva é a referência a um *direito dos povos*. MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Lisboa: Edições Almedina, 2014, p. 105-106.

²⁴ Existem também iniciativas para a articulação de estruturas próximas às de um sistema regional de proteção aos direitos humanos no denominado *mundo árabe-muçulmano* (de contornos espaciais pouco precisos), e na Ásia, porém estas ainda são incipientes, embrionárias, e de futuro incerto.

considerarmos a incidência também das normas do denominado *sistema universal de proteção aos direitos humanos*), estabelecido pelo *direito comunitário*, juntamente com o regional do SEDH, e os sistemas nacionais. A sobreposição de sistemas consolidou-se logo que a União Europeia percebeu que, salvo se voltasse sua atenção ao tema, não haveria espaço para sua evolução, mas sim uma perda de legitimidade perante os cidadãos europeus, de tal modo que, de maneira geral, podemos perceber que a complexidade, a inovação e a multiplicidade de sistemas dão a tônica da proteção aos direitos humanos no contexto da Europa²⁵.

No continente americano, por seu turno, os direitos humanos são simultaneamente tutelados pelo sistema universal de proteção, pelos sistemas jurídicos nacionais, e, para os Estados que aderiam ao sistema regional instituído no âmbito da *Organização dos Estados Americanos*, pelo *Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. Este último, contudo, permanece especialmente atrelado à proteção de direitos de primeira geração, pois analisa, majoritariamente, casos de violações a direitos civis e políticos, enquanto que os casos de violações a direitos sociais ficam em posição inferior, seja quanto ao nível de proteção a eles atribuído, seja em número de casos julgados.

Por outro lado, observaremos, na análise do conjunto desses sistemas de proteção aos direitos humanos, e que merece ser digno de nota desde já, a existência de uma crescente tendência à fertilização e a fecundação cruzadas na criação e aplicação das normas de direitos humanos, bem como um *diálogo (inter)institucional* ou *de juízes* entre esses organismos internacionais, órgãos a eles internos e tribunais (internacionais, supranacionais, ou nacionais), contribuindo para a harmonização da jurisprudência²⁶ em matéria de direitos

²⁵ Vale ressaltar que tal multiplicidade e interconexão de sistemas jurídicos não é exclusividade do *direito internacional dos direitos humanos*. No campo do *direito internacional do trabalho*, por exemplo, essa tendência é reconhecida por diversos autores. Dentre as obras específicas desse ramo do direito cujos autores compartilham essa mesma visão, citamos: MOREAU, Marie-Ange. WATT, Horatia Muir. RODIÈRE, Pierre (orgs.). **Justice et mondialisation en droit du travail. Du Role du juge aux conflits alternatifs**. Paris: Éditions DALLOZ, 2010. TEYSSIE, Bernard (org.). **La norme transnationale et les relations de travail**. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2014. TEYSSIE, Bernard (org.). **L'articulation des normes en droit du travail**. Paris: Economica, 2011.

²⁶ Neste sentido, “Fala-se, então, em conceber a harmonização como uma alternativa à codificação, um processo novo que inclui o objetivo da integração normativa, mas que se contenta com uma integração imperfeita, sem impor uma unificação, isto é, preservando as margens nacionais, mas permitindo a aplicação de princípios diretores comuns e viabilizando a cooperação jurídica entre os estados. A harmonização por aproximação é dada como exemplo exatamente para os casos em que a uniformização é impossível, como nos casos de diversidade moral e religiosa, ou seja, casos em que tanto o isolamento quanto a codificação são impossíveis e que, portanto, a saída seria a busca dessa harmonização. A harmonização instaura uma relação vertical, ao contrário do entrecruzamento, que instaura apenas relações horizontais. Mas essa relação vertical instaurada pela harmonização seria do tipo hierarquia emaranhada, significando a convivência de dinâmicas centrípetas, com primazia do Direito supranacional e de dinâmicas centrífugas, com subsidiariedade do Direito

humanos sociais.

Complexidade do conteúdo ou de âmbito material. Paralelamente a esta complexidade estrutural ou de âmbito formal existe uma complexidade de outra natureza, que pode ser etiquetada de *material* ou *substancial*. A própria noção de *direitos sociais*²⁷, é oportuno pontuar, mostra-se polêmica, pois o adjetivo *social* é de conteúdo amplo, contornos pouco definidos, e por muitos juristas acusado de ser demasiado vago, ambíguo, carente de definição objetiva de suas características essenciais. Acresça-se a esse problema conceitual a variabilidade de conteúdo atribuída às espécies de direitos sociais (cujo rol também varia consideravelmente) nos mais diversos sistemas normativos e em suas construções jurisprudenciais.

Em sua teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy conceitua os *direitos fundamentais sociais* como aqueles que, primariamente, fazem menção a *direitos a prestação em sentido estrito*. Estes últimos, por sua vez, “(...) são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo a que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”²⁸. Avançando a análise, o autor defende, em posição com a qual concordamos, a necessidade de diferenciar entre direitos a prestações previstos expressamente nos sistemas jurídicos, e direitos a prestações atribuídos por meio de interpretação extensiva²⁹. A importância está em facilitar a identificação da base jurídica de ambas as categorias para o seu intérprete.

Contudo, no âmbito do DIDH, as normas internacionais sobre a matéria dão um conteúdo específico ao termo, como o faz o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)* no sistema onusiano (e com reflexos sobre todos os demais sistemas devido à vocação universal da ONU); a *Carta Social Europeia*, no contexto europeu; ou o *Protocolo de San Salvador*, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; todos eles

supranacional em prol do Direito local.”. DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencéfalo**. Revista de direito internacional. Vol. 9. N. 4, 2012, p. 201-227.

²⁷ Para esta pesquisa, usaremos o termo *direitos sociais* com o significado de direitos que se destinam a garantir uma condição de vida satisfatória para todos os membros de uma sociedade, com o objetivo de promover a justiça social e uma melhor distribuição de bens e recursos (ainda que possa haver certa seletividade na atribuição dos destinatários das normas sociais, ou a fixação de condições para a titularidade desses direitos). Neste sentido amplo, o termo abrange aqueles direitos ditos *econômicos* ou *culturais*, e usaremos a expressão *direitos sociais* ou *DESC* como sinônimos, cabendo ressaltar que a segunda, contudo, é a mais utilizada no âmbito do sistema onusiano de proteção aos direitos humanos, e também nos sistemas regionais europeu e interamericano.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 499.

²⁹ *idem.*, p. 499-500.

servindo de importante baliza para os juristas e demais intérpretes dos direitos sociais no que diz respeito às espécies, conteúdo e garantias desses direitos.

Apesar disso, muitas questões sobre uma teoria abrangente do que se pode denominar *direito internacional social* permanecem em aberto e pouco estudadas pela ciência jurídica, merecendo atenção daqueles que lidam com tal categoria de direitos humanos, seja no âmbito teórico ou prático, devido à complexidade do tema, de sua relevância social e de sua penetração em diferentes esferas da vida social, assim como e em especial, do fenômeno jurídico.

A compreensão da particular complexidade dos direitos sociais decorre diretamente, portanto, entre outros fatores já mencionados, do fato de serem direitos que englobam outros tantos direitos (correlatos, subsidiários, componentes) ou, caso se prefira assim, poderem ser aplicados em diversos níveis ou graus de efetividade), e possuírem ao menos um núcleo essencial comum, independentemente do sistema normativo considerado.

Tal núcleo essencial ou duro dos direitos sociais, que se encontra, historicamente contextualizado, como padrão de comportamento nacional minimamente aceitável e esperado para compor o que podemos denominar de um *acordo semântico-jurídico* que propicie uma convivência harmônica entre os Estados, e organizações internacionais inseridas em sistemas de proteção, pode servir como *primeiro passo* para a expansão harmônica de direitos sociais e o desenvolvimento das demais consequências juridicamente atribuíveis em casos de violação, ou seja, também para a responsabilização internacional estatal.

Em outras palavras, sem o reconhecimento comum desse *núcleo duro* em relação ao conteúdo dos direitos humanos universais, em particular de sua espécie etiquetada como *direitos sociais*, não há que se falar – entendemos - em qualquer outro avanço verdadeiramente salutar entre as comunidades e organismos internacionais, em termos de promoção e também de responsabilização internacional por suas eventuais violações, uma vez que nem sequer o mínimo de garantia que se pode esperar de um Estado que a eles aderiu pode ser identificado e juridicamente exigido, seja a nível de um controle jurisdicional ou não jurisdicional.

Tais questões, ligadas a esta intrínseca complexidade dos direitos sociais, afetam sobremaneira a aplicação da noção da universalidade, traço comum a todos os direitos humanos, aos direitos sociais, a demandar adaptações e cuidados especiais de legisladores, intérpretes, gestores de políticas públicas e demais *aplicadores do Direito* envolvidos com a

temática. E, ainda, influenciam a conformação do regime jurídico próprio aos direitos sociais.

1.2 O REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais, enquanto categoria integrante do gênero dos direitos humanos, estão sujeito ao regime jurídico destes, estando submetidos a princípios comuns, como os da *universalidade, interdependência e indivisibilidade*³⁰, mas também estão vinculados a princípios que somente são aplicáveis às espécies dela integrantes, razão pela qual possuem um regime jurídico próprio, distinto daquele das demais categorias de direitos humanos.

Retomando a análise de características essenciais dos direitos sociais, por sua utilidade à descrição deste sistema jurídico a eles próprio, podemos afirmar que estes, sejam *propriamente prestacionais* e normalmente endereçados aos Estados, a demandarem, predominantemente, medidas positivas para a sua aplicação; ou *direitos de defesa*, como a limitação da jornada de trabalho e outros direitos do trabalhador, normalmente endereçados aos particulares, sempre visam à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material.

Tais direitos estão assegurados, em normas internas de Estados, inclusive em sede constitucional, mas também em muitos tratados e resoluções elaboradas por organismos e organizações internacionais, como, por exemplo, a *Organização Internacional do Trabalho – OIT*, ou o *Comitê para o Desenvolvimento dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, instituído no contexto da *Organização das Nações Unidas*.

O *regime jurídico dos direitos humanos*, sua lógica e principiologia próprias, não custa reafirmar, são aplicáveis aos direitos sociais, dado à unidade e indivisibilidade, já

³⁰ Neste sentido, André de Carvalho Ramos ensina que: “A indivisibilidade dos direitos humanos consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos devem ter a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna. (...) A indivisibilidade possui duas facetas. A primeira implica reconhecer que o direito protegido apresenta uma unidade incindível em si. A segunda faceta, mais conhecida, assegura que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos.”. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 178.

mencionada alhures. Nesse sentido, os direitos sociais também estão jungidos ao *princípio informador comum lastreado na dignidade da pessoa humana*, tem juridicidade reforçada e, no Brasil, como na maioria dos Estados democráticos, são ordinariamente eleitos pelas constituições nacionais como limites materiais à reforma constitucional (denominadas, por nossa doutrina, de *cláusulas pétreas*), dentre outros princípios comuns aos direitos humanos³¹.

São direitos prioritariamente endereçados aos Estados (mas não apenas a este, como atestam os direitos trabalhistas a regularem os contratos de trabalho entre particulares), sempre com a ambiciosa e indissociável meta de transformação da realidade social por meio da redução da miséria e sofrimento humanos, desde as suas mais remotas origens históricas e filosóficas. Geralmente demandam a implementação de políticas públicas e dependem da existência de recursos humanos e materiais para estarem acessíveis aos destinatários das normas que lhes garantem^{32/33}. Portanto, representam uma solução a necessidades específicas e contam com peculiaridades que justificam a adoção de princípios específicos em sua regulação³⁴.

Dentre esses *princípios específicos ao regime jurídico dos direitos sociais*, vistos sob a óptica do DIDH, podemos citar, sem pretensão de esgotar o tema, o:

- (i) princípio da observância do núcleo essencial dos direitos sociais;
- (ii) princípio da utilização do máximo dos recursos disponíveis;
- (iii) princípio da implementação progressiva e da proibição do retrocesso social;
- (iv) princípio da inversão do ônus da prova (em relação à escassez de recursos para implementar políticas públicas que os garantam);
- (v) princípio da participação, transparência e *accountability*; e
- (vi) princípio da cooperação internacional, princípio hermenêutico *in dubio pro*

³¹ GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72-121.

³² Mireille Delmas Marty ensina que: “(...) *contrariamente a uma ideia recebida, os direitos civis e políticos são também custosos para proteger, tanto quanto os outros direitos, vez que supõem a formação (aquela do policial, do agente penitenciário, do pessoal militar e administrativo) e, às vezes, como na África do Sul, após a supressão do apartheid, toda uma reorganização de instituições*”. DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.41. Tradução livre.

³³ Sobre o tema do custo dos direitos sociais, ver também AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³⁴ Para um estudo aprofundado deste regime jurídico específico aos direitos sociais e de seus princípios, conferir: GOTTI, 2012. *Op.cit.*

*justitia socialis*³⁵.

Por outro lado, apesar desta distinção principiológica relevante, todos os direitos humanos, sem exceção, são marcados por um caráter de contínua evolução de conceitos, conteúdos essenciais, e graus de implementação e efetividade, configurando-se, assim, sempre, um processo sujeito a constantes reviravoltas e discontinuidades históricas³⁶. A isso podemos denominar de *caráter evolutivo dos direitos humanos*, cuja presença marcante pode ser sentida em toda a normatização e construção jurisprudencial sobre o tema.

Em se tratando de direitos econômicos, sociais e culturais, contudo, esse caráter evolutivo é acentuado pela ideia de *níveis de concretização*, decorrente dos *princípios da utilização do máximo dos recursos disponíveis* e *princípio da implementação progressiva e da proibição de retrocesso social*, a revelarem a relação direta que pode existir entre sua efetividade e o desenvolvimento de políticas públicas voltadas à sua promoção, estas sempre condicionadas à prévia existência de recursos financeiros e pessoais para sua implementação. Essa circunstância, por vezes desfavorável à expansão dos direitos sociais, é comumente usada como justificativa, nem sempre legítima, para o seu descumprimento pelos Estados.

Como se pode intuir, a especial complexidade e as características próprias ao regime jurídico dos direitos sociais geram impacto sobre sua universalidade, por influenciarem suas possibilidades de se tornarem acessíveis a todos os seres humanos em todos os lugares, e vice-versa, de modo que todas essas particularidades estão inter-relacionadas.

1.3 A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS APLICADA AOS DIREITOS SOCIAIS

Dentre esses mitos que assombram os estudiosos e críticos dos direitos humanos, a propalada *universalidade dos direitos humanos*³⁷, promessa de *panaceia para todos os males*

³⁵ *idem*, p. 72-121.

³⁶ Bobbio adverte o seu leitor neste sentido, ao afirmar que: “*O campo dos direitos sociais, finalmente, está em contínuo movimento: assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes de prever*”. Bobbio, 2004. *Op.cit.*, p. 53.

³⁷ Não desconsideramos as dificuldades teóricas engendradas pela noção de uma norma universal, a embasar direitos universais, mas desenvolvemos esse estudo com base na previsão de universalidade dos direitos sociais

da humanidade, parece ser dos temas mais sujeitos a inconsistências teóricas e, com ainda maior ênfase, discrepâncias entre a teoria e a prática dos direitos humanos, inclusive por suas conexões intrínsecas com o tema da efetividade ou concretização desses direitos. Em se tratando de direitos sociais, são necessárias adaptações em sua aplicação, devido às particularidades desses direitos.

Para tratar da universalidade é preciso, destarte, rever concepções que foram apreendidas nas origens dos direitos humanos, como a afirmação, que se tornou lugar comum na doutrina e *corpus* normativo do *direito internacional dos direitos humanos*, de que a dignidade humana é, em última instância, seu fundamento. Contudo, a origem da expressão dignidade – *dignitas* – está associada, ao *status* pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições³⁸. A dignidade não estava, portanto, atrelada à linguagem dos direitos humanos até o final do século XVIII e seu sentido atual, de valor intrínseco que cada pessoa humana possui em decorrência unicamente do fato de ser humano³⁹, não decorre desse conceito atrelado à posição ou classificação social superior.

Neste sentido, os direitos humanos podem ser entendidos com referência àquela categoria especial de direitos que decorrem diretamente do fato de que todo ser humano é único e possui uma dignidade inata, que não pode ser ignorada em nenhuma circunstância e nenhum lugar do planeta⁴⁰. Esse seria, portanto, o sentido tradicional, clássico, e mais aceito no campo jurídico para a noção de universalidade dos direitos humanos, inclusive dos sociais (apesar de muitos outros, dos quais não nos ocuparemos por questões metodológicas, existirem).

constante no direito positivo. Sobre tais dificuldades ver, por todos, LOCHAK, Danièle. **Le droit et les paradoxes de l'universalité**. Paris: Presses Universitaires de France, 2010, p. 45-54. Tradução livre.

³⁸ Neste sentido: “Como um *status* pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral”. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução de Humberto Laport de Mello. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.13.

³⁹ Podemos inferir do argumento central do texto da *Antígona* de Sófocles essa concepção de uma dignidade inata ao homem a lhe garantir direitos. SÓFOCLES. **Antígona**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

⁴⁰ Tal concepção de direitos humanos está presente em muitos autores importantes para as pesquisas de direitos humanos, merecendo destaque a concepção de Hannah Arendt, por sua insistência e contribuição para o tema do reconhecimento da dignidade inata a todos os seres humanos, recorrente em suas obras, analisadas por Celso Lafer, o qual destaca que, para a autora, “a convicção, explicitamente assumida pelo totalitarismo, de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis, representa uma contestação frontal à ideia do valor da pessoa humana enquanto “valor-fonte” de todos os valores políticos, sociais e econômicos e, destarte, o fundamento último da legitimidade da ordem jurídica, tal como formulada pela tradição, seja no âmbito do paradigma do *Direito Natural*, seja no da *Filosofia do Direito*.” LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.19.

Assim, a universalidade desses direitos, entendida como a impossibilidade de se negar os direitos decorrentes da singularidade do humano a qualquer pessoa, independentemente de outros fatores relevantes ou não, parece ser a sua característica mais marcante, ao lado da *indivisibilidade*. Esta segunda característica estaria ligada ao reconhecimento de que todos os direitos humanos são interdependentes e não podem garantir a proteção adequada à pessoa humana se aplicados isoladamente⁴¹. Ou, ainda, na interessante perspectiva de que os direitos humanos, apesar de elencados em suas diversas categorias, são indivisíveis, quando tomados em conjunto, assim como é também o próprio titular desses direitos, o ser humano⁴².

Em busca da promoção da universalidade, ou da proposta universalizante dos direitos humanos, várias instituições ligadas à proteção da pessoa humana foram sendo criadas, nos âmbitos infranacionais, nacionais, infrarregionais, regionais e até universais, como secretarias de promoção de direitos humanos em governos estaduais ou nacionais, sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, órgãos de controle de implementação de tratados sobre o tema no *sistema onusiano*, organizações não governamentais com todo o tipo de espectro de atuação, cortes internacionais⁴³, dentre tantas outras.

A ideia em torno das organizações dessas instituições, bem como de suas atuações e interconexões é a de garantir que a promessa de expansão harmônica dos direitos humanos, feita em tratados e outros textos jurídicos, seja efetivamente cumprida, em um efeito progressivo de avanço da linguagem própria dos direitos humanos pelas diversas regiões, culturas e povos do globo, até que a universalidade ou, ao menos, a contínua expansão em Estados ou grupos de Estados, transforme-se em realidade.

Contudo, já a algum tempo, a análise da prática dos direitos humanos tem mostrado aos estudiosos sobre o tema, e também aos que com ele interagem de alguma forma, que a universalidade dos direitos humanos está longe de abandonar seu *status* de promessa ou

⁴¹ RAMOS, 2013. *Op. cit.*, p.178.

⁴² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1998, p.120.

⁴³ Sobre o tema da expansão dos tribunais internacionais, a ser melhor abordado no capítulo 3 deste estudo, ver, por todos, VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 449, para quem o processo de criação e de multiplicação dos tribunais internacionais começou no século passado, com a criação da Corte Permanente de Justiça Internacional, que foi sucedida pela Corte Internacional de Justiça. Anteriormente, explica o autor, os Estados recorriam de forma mais intensa a conciliadores e árbitros para a resolução de conflitos específicos. Após a Segunda Guerra Mundial, e os horrores nela ocorridos, um número significativo de Cortes importantes foi criado, como o Tribunal de Justiça da União Europeia, a Corte Europeia dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e o Tribunal sobre o Direito dos Mares.

objetivo maior da evolução dos direitos humanos⁴⁴. Muitas críticas contundentes a essa visão foram e estão sendo feitas, para mostrar que a universalidade pode ser, desde inatingível, ingênua, inexequível, a, se levada ao extremo, instrumento de imposição de modelos pelos Países e culturas dominantes (argumento essencial do *relativismo cultural*⁴⁵), assim como causa de estagnação e até de empobrecimento e erodição da construção normativa e institucional de apoio aos direitos humanos.

Assim, resta claro que, para entendermos a característica dos direitos humanos cunhada de *universalidade*, é necessária uma revisão da própria origem da noção de direitos humanos, do contexto em que sua linguagem foi desenvolvida, de suas características essenciais tal qual propostas pelo DIDH⁴⁶, bem como da história que permeou seus momentos de desenvolvimento mais marcantes⁴⁷.

Por outro lado, as críticas que se fazem à noção de universalidade precisam ser consideradas em sua análise, para que a universalidade dos direitos humanos passe de mera promessa política ou legislativa e torne-se um vetor jurídico de expansão desses direitos, a aglutinar a atuação de agentes da comunidade internacional em sua prática, tão dependente que se mostra de uma sinergia de vontades políticas para integrar a realidade das

⁴⁴ Para André de Carvalho Ramos, “Nesse ponto é que a responsabilização do Estado por violações de direitos sociais em sentido amplo encontra-se em descompasso com a consagração da indivisibilidade dos direitos humanos. Os mecanismos políticos ou judiciais (quase judicial ou judicial) de apuração da violação de direitos civis e políticos – os direitos humanos de primeira geração – estão assentados em diversos diplomas internacionais, contando até com procedimentos judiciais coletivos como o europeu e o interamericano. Já os direitos humanos tidos como sociais em sentido amplo, consagrados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais entre outros, não possuem o mesmo tratamento no que tange aos mecanismos de apuração de violações cometidas pelo Estado. (...). Há, assim, clara seletividade no desenvolvimento de mecanismos de averiguação do respeito pelo Estado dos direitos humanos internacionalmente protegidos: para os direitos civis e políticos, implementa-se a responsabilização internacional do Estado violador; para os direitos sociais, não”. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 301-302.

⁴⁵ Por *relativismo cultural* entendemos a doutrina segundo a qual os valores são relativos à cultura especificamente considerada e variáveis. Para os que a defendem, os seres humanos, segundo a sua cultura e as experiências vividas, podem chegar a visões de mundo diferentes e até inconciliáveis.

⁴⁶ Sobre as particularidades do direito internacional da pessoa humana, e suas características relevantes, Sandrine Turgis destaca três elementos: a) o desenvolvimento dos ramos do direito internacional da pessoa humana, especialmente dos direitos humanos e humanitário; b) a inflação normativa do direito internacional da pessoa humana, bem como a emergência (ou tentativa de) organizações regionais e sub-regionais sobre o tema (na Europa, América, África, Ásia, e Países Árabes); c) a multiplicidade dos órgãos internacionais de controle, que coexistem no seio de uma mesma organização e entre organizações diferentes, sejam organizações especializadas na proteção de direitos da pessoa humana ou de cooperação ou integração econômica, mas também no seio de um mesmo espaço geográfico e entre diferentes espaços territoriais. O acúmulo de mecanismos de controle, positivo para os indivíduos, pode criar diversos problemas aos Estados e aos órgãos de controle, gerando reflexões na doutrina e jurisprudência. TURGIS, Sandrine. **Les Interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne**. Paris: Éditions A. Pedone, 2010. p. 23-54. Tradução livre.

⁴⁷ Para uma boa compreensão dos processos históricos relacionados à evolução dos direitos humanos, ver HUNT, L. **Inventing Human Rights**. A History. NY: Norton, 2007.

sociedades^{48/49}.

Também não se pode esquecer de que o conceito de universalidade, aplicado aos direitos sociais, enquanto categoria especial e complexa de direitos, terá novas feições, e, conseqüentemente, dificuldades que geram novos desafios para se manter válido no contexto de busca de uma efetiva proteção da pessoa humana. Daí a importância em manter-se a visão de busca da efetivação dos direitos humanos e da particular relevância dos direitos sociais nesse percurso.

1.3.1 Noções essenciais aos direitos humanos relacionadas à universalidade

A construção do pensamento jurídico dominante em torno dos direitos humanos é marcada por algumas importantes noções essenciais sobre o tema, que estão relacionadas com a característica da universalidade. Podemos destacar, dentre elas:

- (i) a noção de historicidade dos direitos humanos;
- (ii) a relação entre o processo histórico de sua afirmação e a visão individualista da sociedade;
- (iii) a concepção dos direitos humanos como indicadores de progresso social; e
- (iv) a ideia de gerações de direitos, sucessivas e complementares⁵⁰.

Característica histórica dos direitos humanos. A característica histórica dos direitos humanos deve ser tomada em contraposição a uma visão que a toma por absoluta, inata, imutável, como prega a doutrina *jusnaturalista*, que se fez dominante na ciência jurídica por muitos séculos, mais ainda não de todo abandonada nas escolas jurídicas (especialmente por ser travestida de ideias supostamente novas sobre a Teoria Geral e Filosofia do Direito, como a corrente conhecida como *neojusnaturalismo*). Levando-a em conta, para bem compreender a

⁴⁸ Tais críticas são bem sintetizadas e analisadas em IGNATIEF, M. e GUTMANN, A. **Human Rights as Politics and Idolatry**. University Center for Human Values. Princeton University, 2001.

⁴⁹ Para um estudo específico da crítica à universalidade dos direitos humanos que resulta do particularismo islâmico, conferir: LEVINET, Michel. **Théorie général des droits et libertés**. 4. ed. Bruxelles: Éditions Nemesis, 2012, p. 403-431. Tradução livre.

⁵⁰ BOBBIO, 2004. *Op.cit.* p. 22-32.

trajetória dos direitos humanos, deve-se recorrer a uma explanação das várias fases da história dos direitos do homem, desde a sua proclamação e a sua transformação em direito positivo no interior de cada Estado nacional, até a que tem lugar no sistema internacional, cujo prenúncio foi a *Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH)*⁵¹.

Nesse primeiro ponto essencial já se pode perceber que os direitos humanos, em sua evolução histórica, transbordam as fronteiras do Estado nacional, de seu direito positivo interno (até porque suas pretensões necessitam, muitas vezes, serem deduzidas contra o Estado nacional, e a favor de seus próprios cidadãos), em direção a uma proteção a ser conferida pelo sistema internacional, estágio final dessa evolução, ainda não alcançado, ou alcançado apenas parcialmente.

Tal relativização de soberanias estatais, em busca de conferir maior poder ao sistema internacional (reconhecidamente falho, mas, ainda assim, com possibilidade de tornar cada vez menor a necessidade de se recorrer à mera resistência contra a opressão⁵²), só é possível para os que aceitam a premissa da universalidade dos direitos humanos como válida, ainda que com ressalvas ou críticas. Somente concebendo os direitos humanos como pertencentes a qualquer e a todo ser humano, independentemente de sua nacionalidade, se pode imaginar uma jurisdição de garantia pertencente não a um Estado nacional, mas sim à comunidade internacional, ou a parte dela.

Relação entre o processo histórico de sua afirmação e a visão individualista da sociedade. Esta relação talvez seja o ponto essencial nesta inversão completa da visão tradicional da distribuição de poder entre soberano ou, mais tarde, Estado nacional e seus súditos, onde estes, agora alçados ao *status* de cidadãos, são titulares não apenas de deveres em relação ao Estado (*liberal moderno* e, posteriormente, *democrático* ou *em vias de democratização*), mas também de direitos fundamentais, assegurados em normas internacionais e espelhados ou até mesmo criados nos textos constitucionais, que se convertem em fundamento e missão existencial do governo sobre eles exercido⁵³.

Em sentido coincidente, outros autores avaliam o surgimento da noção de *responsabilização internacional dos Estados* como essencial para reafirmar a juridicidade deste conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da

⁵¹ *idem*, p. 22.

⁵² Bobbio, 2004. *Op.cit.* p. 51.

⁵³ *idem*, p. 224.

dignidade humana⁵⁴, especialmente porque, desde o surgimento do Estado laico ocidental, tem-se afirmado que o Estado não é um fim em si mesmo, somente existindo em razão da busca do bem comum dos indivíduos subordinados à sua jurisdição e império, justificativa que, ao longo dos séculos, serviu para encobrir e justificar atrocidades contra os direitos mais elementares dos seres humanos⁵⁵.

Merece relevo, nesse sentido, a noção *arendtiana*, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, de que o primeiro direito humano é *o direito de ter direitos*, o que significa pertencer, pelo vínculo de cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada, e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do próprio princípio da legalidade. A cidadania, assim entendida como *o direito a ter direitos*, aliada ao princípio da legalidade, evitam o surgimento de um novo *estado totalitário de natureza*⁵⁶.

Aqui, novamente, o traço da universalidade permeia essa noção, já que a igualdade entre todos os seres humanos em sua dignidade (defendida com ardor desde a fase de proclamação dos direitos humanos⁵⁷) desautoriza a seletividade na distribuição desses direitos entre os cidadãos, ao menos, à época, em relação aos direitos de liberdade, primeiros a serem proclamados, com traço marcante de universalidade.

Há quem defenda, porém, que essa universalidade na atribuição e no eventual gozo de direitos de liberdade não valeria para os direitos sociais, e nem mesmo, em sua totalidade, para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente, pois podem ter atribuídos direitos em função de serem crianças, idosos, mulheres, alfabetizados, dentre outras circunstâncias específicas a um determinado indivíduo, ou grupo deles⁵⁸.

Desta visão, contudo, não compartilhamos, por entendermos que as diferentes espécies de direitos humanos são conceitos jurídicos que englobam, em cada uma delas separadamente observadas, um conjunto variado e histórico e espacialmente mutável de outros tantos direitos, que representam também níveis possíveis de concretizações da espécie, estes sim passíveis de terem seu gozo condicionado ao atendimento de circunstâncias

⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30.

⁵⁵ LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados internacionais sobre direitos humanos na constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.142.

⁵⁶ LAFER, 1988. *Op. Cit.*, p.154.

⁵⁷ Noção que Norberto Bobbio atribui ao conceito de estado de natureza de John Locke, como grande inspirador da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Bobbio, 2004. *Op.cit.* p. 85.

⁵⁸ *idem*, p.85.

específicas, o que não exclui a titularidade do direito humano globalmente considerado.

Neste ponto percebemos, ainda, o desenvolvimento de noções necessárias ao desenvolvimento da ideia de *grupos vulneráveis*, ou de *especial vulnerabilidade social*, tão presente na atual normatização dos direitos humanos, especialmente dos sociais, que, dado à sua complexidade e por representarem a tentativa de apreensão e regulação de amplos espectros da vida social (tais como a educação, o lazer, o trabalho, a saúde e a moradia), em contradição às limitações naturais a toda ação humana, e também à atuação estatal, sofrem uma tendência à especialização, ou seja, à seleção dos titulares de seus variados níveis de concretização por características específicas.

Concepção dos direitos humanos como indicadores de progresso social. Em relação à concepção dos direitos humanos como *indicadores de progresso social*, ou seja, de melhorias na ordenação social, em sinal de compartilhamento na crença da evolução moral das sociedades, da qual a proclamação desses direitos seria prova incontestada (em uma demonstração da influência marcante do *pensamento kantiano*⁵⁹ na teoria dos direitos humanos), é de se destacar a agudeza da crítica de relevante parte dos teóricos.

Esta crítica tempera seu otimismo em relação ao progresso moral das sociedades com a constatação de que existe um grande descompasso entre a teoria e a prática dos direitos humanos (que são mais eficazmente garantidos onde não são tão necessários, conforme o exemplo do espaço geográfico europeu, e mais necessários onde não podem ser garantidos), por fragilidades do processo democrático interno a cada Estado, mas também da formação de uma sociedade internacional universal⁶⁰.

Também é coincidente com tal visão sobre a relação intrínseca entre direitos humanos, paz e democracia, por exemplo, a análise da proteção dos direitos humanos na América Latina. Neste contexto, pode-se observar que o sistema regional de proteção aos direitos humanos legitima-se como importante e eficaz instrumento para a proteção desses direitos quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas; e também permitiu a desestabilização de regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições

⁵⁹ Para aprofundar o estudo sobre o pensamento kantiano, especificamente no que tange a sua crença na evolução moral das sociedades, conferir: KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

⁶⁰ O autor chega a afirmar que: “O desprezo pelos direitos do homem no plano interno e o escasso respeito à autoridade internacional marcham juntos”. Bobbio, 2004. *Op.cit.* p. 58.

democráticas; e, agora, demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis⁶¹. Tudo isso sem prejuízo das necessárias ressalvas quanto à necessidade de expansão e incremento de efetividade dos direitos humanos, especialmente dos sociais, no que diz respeito ao SIDH.

Ideia de gerações de direitos. Vistas como sucessivas e complementares, a classificação dos direitos humanos em gerações também foi e é essencial para a compreensão dos direitos humanos, já que o elenco destes é tão variado que não se poderia estudá-los, ou se comunicar com segurança sobre eles, sem alguma forma de classificação de suas espécies que permita uma melhor sistematização da matéria (apesar das críticas a que estão sujeitas todas as formas de classificações, pelo risco de reducionismo ou distorção da realidade que implicam).

De um modo geral, as gerações de direitos, tal qual divulgadas na obra de Norberto Bobbio, podem ser resumidas em uma *primeira geração*, correspondente ao início da fase da proclamação dos direitos humanos, porque inaugura a, por ele denominada, *era dos direitos*, proclamando direitos de liberdade e, posteriormente, os direitos políticos, exigindo do Estado uma não intervenção em suas liberdades civis e políticas. Esta primeira geração de direitos está ligada, historicamente (segundo a concepção de que as exigências que antecedem esses direitos e lhes dão fundamento surgem somente quando nascem certos carecimentos, no desenrolar de um processo evolutivo contínuo⁶²), aos efeitos das guerras de religião, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos. Enquanto isso, a *segunda geração* de direitos (os direitos sociais) e também as liberdades políticas derivam do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses e pobres em geral, que passaram a exigir prestações positivas do Estado como meio de conter a miséria⁶³.

A *terceira geração* de direitos, por seu turno, é vista como uma categoria ainda heterogênea e vaga, na qual os titulares das espécies de direitos estariam diluídos no conjunto das sociedades e não poderiam ser isolados, com destaque para a normatização do *direito a um meio ambiente sadio*, ao lado do surgimento, segundo parte da doutrina, de uma *quarta geração* de direitos, estes referentes aos efeitos da pesquisa biológica e dos progressos na

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163.

⁶² Bobbio, 2004. *Op.cit.* p.26.

⁶³ *idem.*, p. 25.

tecnologia da informação que ameaçam a privacidade dos indivíduos⁶⁴.

Como já expomos alhures, apesar desta classificação ter utilidade acadêmica, o sentido de universalidade de direitos humanos não pode ser dissociado da indivisibilidade desses direitos, até porque estas são características que se complementam e garantem melhor resultado se aplicadas simultaneamente. Por outras palavras, a classificação dos direitos humanos em gerações sucessivas não corresponde à necessidade destes serem percebidos como um todo indissociável.

Há de se ter como premissa que a garantia parcial de espécies de direitos humanos pode comprometer o gozo destes como um todo. Assim, neste sentido, não é suficiente, para a proteção ideal dos direitos humanos conferir a uma pessoa, em determinado Estado, por exemplo, o *direito à liberdade de locomoção*, inclusive com judiciabilidade deste direito⁶⁵, se nesse mesmo espaço jurídico não há uma proteção, por exemplo, ao *direito à educação* e, sem ter acesso à educação, tal indivíduo não poderá desenvolver plenamente suas capacidades.

Nessa hipótese, a falta de universalidade do direito à educação, já que este não atingiu esta porção territorial do globo, prejudicará, irremediavelmente, o desenvolvimento pleno individual ou do grupo, na medida em que uma hipotética pessoa ou grupo de pessoas nela localizado não usufruirá, na prática, da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, eis que só terá a garantia de parte deles, e todos são interdependentes⁶⁶.

Com a *Declaração Universal dos Direitos Homem*, de 1948, não custa reiterar, tem início a terceira e última fase da história da formação das declarações de direitos, na qual a afirmação de direitos atingiu o *status* de universal, no sentido de incluir não apenas os cidadãos de determinado Estado, mas todos os homens; e também positiva, no sentido de visar acrescer a proteção jurídica a tais direitos⁶⁷.

Assim, não se pode deixar de observar que a universalidade tem um sentido próprio quando aplicada aos direitos humanos como um todo, independentemente da classificação ou

⁶⁴ *ibidem.*, p. 25.

⁶⁵ Por *judiciabilidade* de um determinado direito entendemos a garantia de acesso à jurisdição para pleitear o acesso a seu gozo, ou o cessar de violações a tal direito, pleiteando-se, ainda, eventual reparação por danos causados em decorrência da omissão em possibilitar o acesso ou da sua violação.

⁶⁶ Neste ponto, é útil lembrar que Bobbio adverte o leitor de que os direitos sociais são mais difíceis de proteger que os direitos de liberdade, e que sua efetivação sempre representará restrição ou suspensão na proteção de outro direito humano, por se tratar de prestações positivas. Contudo, é oportuno ressaltar que tal conclusão, baseada na finitude dos recursos estatais a serem empregados em políticas públicas voltadas para os direitos sociais é válida, em nosso entendimento, apenas quando se trata de direitos com custos diretos para sua efetivação, como o direito à educação fundamental gratuita, por exemplo, uma vez que certos direitos sociais clássicos, como o direito à livre associação não demandam, diretamente, atuação estatal. Bobbio, 2004. *op.cit.* p. 25 e 62.

⁶⁷ *idem.* p. 49-50.

geração de direito envolvida, num sentido direcionado para a *internacionalização de direitos*⁶⁸. Isso porque é própria dessa lógica a noção de expansão progressiva de direitos pelos Estados ou grupos de Estados envolvidos no processo específico, para a qual não basta a garantia de proteção humana pelo direito interno⁶⁹, ainda que a nível constitucional, uma vez que, dentre outros motivos, é o próprio Estado quem, por vezes, viola os direitos de seus nacionais e estrangeiros sob sua ação.

1.3.2 Desafios à universalidade dos direitos sociais

A universalidade dos direitos humanos (inclusive dos sociais) enfrenta desafios relacionados ao fato destes envolverem processos multidimensionais, com fatores sociais, históricos, culturais, econômicos, políticos e religiosos, dentre outros, em Estados e culturas variadas e até antagônicas, sempre a demandar um diálogo intercultural⁷⁰. Tudo isso gera também uma intrínseca complexidade da regulação que afeta sobremaneira a questão da consistência nesses direitos, já que não se pode imaginar a viabilidade na imposição de um direito em total contradição com os valores de um determinado grupo social, em uma espécie de *aculturação jurídica*⁷¹.

Existe, desse modo, uma conexão entre as relações internacionais contemporâneas, enquanto processo que viabiliza as interações entre os agentes da comunidade internacional (estatais ou não) e a pretensão universalizante dos direitos humanos sociais. Isso porque a agenda dos direitos humanos sociais encontra diversos obstáculos para ser realizada na prática da proteção a esses direitos, especialmente por questões de vontade (ou falta de vontade) política, e a forma de inter-relação dos Estados, organismos internacionais, e demais atores da comunidade internacional.

Tais obstáculos são derivados tanto de questões teóricas, como as críticas ao suposto

⁶⁸ Sobre o tema da internacionalização do direito, ver tese de livre docência, VARELA, M. D. **Internacionalização do Direito**. Brasília: UNICEUB, 2013.

⁶⁹ Bobbio, 2004. *Op.cit.*, p. 80.

⁷⁰ Sobre as dificuldades e desafios envolvidos no diálogo intercultural, ver DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné**. Paris: Éditions du Seuil, 2006, p. 13-17. Tradução livre.

⁷¹ Sobre os conceitos de *aculturação*, *aculturação jurídica*, e *aculturação jurídica em direitos humanos*, ver ANDRIANSTIMBAZOVINA, Joël. GAUDIN, Hélène. MARGUENAUD, Jean-Pierre. RIALS, Stéphane. SUDRE, Frédéric (orgs.). **Dictionnaire des droits de l'homme**. 2. ed. Paris : Presses Universitaires de France, 2012, p. 4-10. Tradução livre.

eurocentrismo da visão de direitos humanos⁷², desenvolvida prioritariamente na Europa ocidental e internacionalizada pelo *corpus* jurídico internacional, e pelos sistemas universal e regionais de proteção, mas também são consequência de um determinado modo de aplicação desses direitos (ou tentativa de controle da aplicação e responsabilização estatal por suas violações pelos órgãos de controle de caráter jurisdicional ou não jurisdicional).

Isso ocorre, em especial, quando a defesa dos direitos humanos entra em confronto ou em contato direto com questões supostamente afetas à soberania estatal, tema sempre destacado nos debates sobre a universalidade, como a nem sempre possível ou viável execução doméstica (ou a nível comunitário) de decisões de tribunais internacionais, ou a alegada e provável insuficiência de recursos estatais para a promoção em níveis (minimamente) adequados de direitos sociais⁷³. E também é comum em temas polêmicos, como o aborto e a eutanásia, onde existe pouco consenso da comunidade internacional a seu respeito.

Sobre essas dificuldades, merecem destaque a *visão do mundo oriental*, que acusa a linguagem de direitos humanos de ser marcadamente ocidental e até eurocêntrica, e a crítica de orientação *muçulmana*, com ideias divergentes em pontos cruciais para os direitos humanos, especialmente em questões sobre a igualdade de gêneros e a dignidade das mulheres em geral. Assim, muitos estudiosos já questionaram a utilidade do conceito de universalidade, especialmente aqueles que acreditam que a noção pode esconder interesses relacionados à dominação cultural, política e econômica (ou seja, a uma certa imposição de modelos), e enfraquecer a *autodeterminação dos povos*, já que poderia implicar restrições injustificadas e prejudiciais à soberania nacional⁷⁴.

Sobre o tema da multiplicidade de visões de mundo e seus reflexos para os direitos humanos, ou seja, da necessária tolerância em relação à diversidade cultural dos povos (inclusive no interior de um mesmo grupo populacional integrante de um Estado), é útil a distinção entre o *conceito de tolerância aplicado ao problema da convivência das minorias étnicas, linguísticas, raciais*, e para os chamados de *diferentes*, como loucos e homossexuais, e o problema da *tolerância em face de quem é diverso por motivos físicos ou sociais*, ligado à

⁷² PANIKKAR, Raimundo. **Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?** In: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁷³ No entanto, não será possível, dado aos estreitos limites do trabalho, abordar direta e profundamente o embate entre a proposta universalizante e o *relativismo cultural*, bem como as demais correntes críticas aos direitos humanos, ou aprofundar as críticas ligadas a eventuais deficiências procedimentais de cada um desses sistemas.

⁷⁴ Sobre o tema da imposição de modelos, ver DONELLY, J. **International Human Rights**. Westview Press, 2013, cap.3. Tradução livre.

discriminação e preconceito. Neste particular, observa-se que a falta de tolerância, no primeiro conceito desta, é justificado pela crença de que se é detentor da verdade, e, no segundo, pela recepção acrítica de valores tradicionais e preconceitos⁷⁵.

Como apreensão da contribuição desses conceitos ao tema da universalidade aplicada aos direitos sociais, podemos relacionar esse conceito de tolerância com as gerações de direito, para afirmar que a intolerância ao *diferente* tenderia a afetar, em especial, os direitos de primeira geração, ao passo que a intolerância gerada por motivos físicos ou sociais é aquela que deve ser alvo de proteção aos direitos sociais ou de segunda geração que, por meio de suas ações afirmativas, reduzam essas desigualdades.

O tema da conciliação da garantia da integridade dos valores universais com a manifestação da diversidade cultural, salutar neste debate, é estudado por autores de diversas correntes filosóficas, todos preocupados com a solução jurídica de diferenças e conflitos gerados em uma *sociedade multicultural*⁷⁶, como, por exemplo: “(...) Hart, ao definir o conteúdo mínimo do direito natural; Walzer e a exigência de direitos à vida, liberdade e satisfação de necessidades humanas básicas; Rawls e a questão dos bens primários; Apel e o princípio consensualista da justiça”⁷⁷.

Os direitos humanos são definidos, portanto, como um meio apto a induzir a mudança social no mundo contemporâneo, por possibilitar o estímulo e o desestímulo de comportamentos, atuando na seara do que se pode denominar de *função promocional do Direito*. Nesse tipo de função do Direito, os direitos sociais podem ser vistos como centrais, por sua missão de assegurar as condições mínimas de existência a todos os seres humanos, tônica que deu origem, inclusive, aos movimentos históricos de exigência de positivação desses direitos.

Neste particular, não é redundante frisar que os direitos de liberdade dependem, para sua efetivação, de os direitos sociais tornarem-se realidade, eis que só podem ser garantidos havendo, para cada homem, um mínimo de bem-estar econômico que permita uma vida digna⁷⁸, o que comumente se denomina de *mínimo existencial*, por dizer respeito a uma porção delimitada de recursos materiais, e acesso a bens e serviços públicos, como moradia, alimentação, educação e saúde, sem a qual o desenvolvimento da vida humana não estará

⁷⁵ Bobbio, Norberto. *Op.cit.* p. 206-207.

⁷⁶ SANTOS, 2004. *Op. cit.*

⁷⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2013, p. 256.

⁷⁸ Bobbio, 2004. *Op.cit.* p. 226-227.

conforme a sua dignidade.

Segundo entendemos, o núcleo essencial dos direitos sociais nunca poderá ser inferior a esse mínimo existencial, variável historicamente e segundo o sistema jurídico enfocado, mas pode ser integrado por um nível superior, mais completo, de aplicação de direitos sociais, por decisão consensual entre os signatários dos tratados, nos sistemas internacionais e supranacionais de proteção aos direitos humanos, ou por deliberação do legislador nacional, nos sistemas de direito nacional.

Contudo, em sentido contrário, constata-se que a maior parte dos direitos sociais, que brilhantemente estão presentes em quase todas as declarações nacionais ^{79/80} e internacionais de direitos ⁸¹, permaneceu no papel ⁸². Esse descompasso é atribuído, em parte, à inexequibilidade dos direitos sociais ⁸³, valendo a ressalva de que este é, precisamente, o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os Estados contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, mas não corresponde, como é comum afirmarem, à sua suposta falta de fundamento ⁸⁴.

Ao mesmo tempo, como já expomos, a possibilidade de uma concepção universal dos direitos sociais também é questionada. Isso por aqueles que condicionam a universalidade dos direitos sociais à aplicação de políticas públicas adequadas, estas sempre a demandarem a

⁷⁹ No caso da Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988, por exemplo, os direitos sociais encontram-se enunciados da seguinte forma: “*Capítulo II - Dos Direitos Sociais. Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*”.

⁸⁰ Sobre o tema dos direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, conferir: FARIAS, James Magno A. **Direitos Sociais no Brasil: o trabalho como valor constitucional**. São Luís: Azulejo Editora, 2010. MONTESSO, Cláudio. DE FREITAS, Marco Antonio. STERN, Maria de Fátima. **Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: Ltr, 2008. PINTO, Ailton Pereira. **Direito do Trabalho, Direitos Humanos Sociais e a Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2006.

⁸¹ Como exemplos de enunciações de direitos sociais em diplomas internacionais, citamos, por exemplo, o *Protocolo de San Salvador*, que especifica os DESC no seguinte rol (arts. 6º. ao 18º.): direito ao trabalho; direito a condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho; direitos sindicais; direito à previdência social; direito à saúde; direito a um meio ambiente sadio; direito à alimentação; direito à educação; direito aos benefícios da cultura; direito à constituição e proteção da família, direito da criança; proteção de pessoas idosas; e proteção de deficientes.

⁸² Bobbio, 2004. *Op.cit.* p. 29.

⁸³ Jose Ignacio Martinez Estay afirma, em posição que cremos superada pela doutrina atualizada com a expansão da linguagem dos direitos humanos, que os direitos sociais prestacionais são normas ou princípios políticos ou, quando muito, garantias institucionais, orientadores do fim do constitucionalismo social. Seriam apenas puros comandos do Estado, particularmente do legislador, o que não permitiria qualificá-los como normas jurídicas, e menos ainda como direitos (em sentido jurídico). ESTAY, Jose Ignacio Martinez. **Valor e sentido dos direitos sociais**. In: FERREIRA DA CUNHA, Paulo (org.). **Direitos humanos. Teorias e práticas**. Lisboa: Livraria Almedina, 2003, p. 224-239. Discordamos por inteiro desta oposição, que está em desacordo, inclusive, com o direito positivo predominante na maioria dos sistemas jurídicos, onde os direitos sociais são expressamente consagrados, sem nenhuma diferenciação em relação aos demais.

⁸⁴ Bobbio, 2004. *idem*, p. 43.

existência concreta de recursos para efetivamente ocorrerem (tornando a pretensão positivada em direito realizado). Esta dependência, por sua vez, supostamente inviabilizaria sua extensão a todos os homens, dado a diferenças entre os homens que justificam tratamento desigual em relação ao gozo de direitos sociais⁸⁵, à insuficiência e escassez desses recursos, e também à necessária restrição da proteção de um direito para a realização de outro.

Porém, não compartilhamos desta visão, exatamente por esta firmar-se em uma suposta e incontornável dependência da universalidade dos direitos sociais a atos concretos do poder estatal, premissa que, segundo entendemos, não pode ser estendida a todos as espécies de direitos sociais, daí o equívoco na análise, pois nem todas as espécies de direitos sociais exigem medidas positivas custosas para serem aplicadas, do que é exemplo o direito à liberdade associativa ou à liberdade sindical, para o qual a abstenção de intervenção estatal é suficiente em determinadas hipóteses.

É como fruto dessas constatações (válida para a grande maioria dos direitos sociais, notadamente os de índole prestacional), contudo, que se destaca, a todo momento, o descompasso entre teoria e prática, entre proclamação e efetivação de direitos humanos sociais, que são agravadas, ainda, por deficiências presentes no regime jurídico próprio dos direitos sociais, formado por princípios específicos, dos quais alguns estão fortemente contaminados por uma lógica (em parte decorrente dos efeitos da globalização econômica e da desvalorização da pessoa humana) que afeta a adequada aplicação e expansão desses direitos.

1.4 RELAÇÕES ENTRE A COMPLEXIDADE E O REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS DIREITOS SOCIAIS E A SUA UNIVERSALIDADE

A complexidade e as especificidades do regime jurídico aplicável aos direitos sociais geram alguns desafios e limites à aplicação da universalidade dos direitos humanos. As dificuldades teóricas e práticas para a aplicação da universalidade aos direitos humanos em geral são todas reproduzidas na aplicação da universalidade aos direitos sociais, já que estes também envolvem processos de natureza variada, e são, ainda, agravadas pela maior

⁸⁵ *ibidem*, p. 86.

densidade normativa ou complexidade desses direitos e de seu regime jurídico próprio.

Deste modo, diante do exposto, e aprofundando um pouco mais o debate, por dizer respeito ao cerne dessa pesquisa, constata-se que, antes que se possa imaginar a possibilidade de expansão universal, ou mesmo expansão da aplicação uniforme ou harmônica de um determinado direito humano em um contexto territorial universal, ou até mesmo regional, é necessário que haja consenso (ainda que parcial) sobre o conteúdo (ou parte do conteúdo, aquela dita *essencial*) deste direito observado, o que vem se mostrando um verdadeiro *calcanhar de Aquiles* para os direitos humanos.

Assim, nem mesmo o *direito à vida*, que está na base do rol de direitos tradicionalmente atribuídos à pessoa humana, tem seu conteúdo passível de delimitação sem que fortes desentendimentos entre os Estados, organizações internacionais, e órgãos de controle surjam, pois não há consenso *universal* (ou até *regional*, às vezes nem mesmo *nacional*) sobre o momento do início da vida, nem tampouco do seu final, o que faz com que questões como a legalização do aborto, interrupção da gravidez de anencéfalo, eutanásia, uso de embriões humanos em pesquisas (ditos *hard cases*), e outros temas ligados ao direito à vida sejam considerados sensíveis, e particularmente desafiadores à pretensão universalizante.

Por outro lado, alguns direitos, como o *direito de não ser torturado*, são mais propícios a agregarem certo consenso sobre seu conteúdo. Isso não ocorre com os direitos sociais, em regra, pois, nestes, os processos multidimensionais de sua atribuição de conteúdos envolvem um número maior de fatores da vida humana, e muitos deles com um peso relativamente indefinido, conforme a diversidade cultural e social envolvida, de modo que, segundo cremos, apenas seu núcleo essencial poderá, ordinariamente, ser identificado com contornos juridicamente definidos, de modo a poder gerar a sua expansão. Consequentemente, será de extrema importância a aplicação, pelos órgãos de controle dos diferentes sistemas de proteção aos direitos humanos, do *princípio da observância do núcleo essencial dos direitos sociais*.

Neste sentido, conforme demonstra a teoria e a prática dos direitos sociais, dificilmente alcançaremos um contexto de consenso em torno do conteúdo global ou taxativo, por exemplo, do direito à saúde, à educação, ao meio ambiente de trabalho sadio, dentre outros, à exceção, e ainda assim com alguma dificuldade a ser superada pelo intérprete, do seu *núcleo essencial*, e, extrapolando-o, de um rol não exaustivo de possibilidades normativas de enunciação de direitos deles integrantes e representativos de porções parciais, ou de graus de

concretização, caso se queira assim enfocar, a variar conforme o sistema jurídico considerado⁸⁶.

Em se tratando de direitos sociais entram em cena, com maior peso, fatores como a história, a economia, o grau de desenvolvimento social e cultural dos Estados ou regiões geográficas envolvidas. Isso porque, em nossa visão, esses direitos são compostos de várias camadas em sua progressiva e dinâmica formação conceitual e definição jurídica, e podem servir de abrigo a diversos outros direitos derivados dessas camadas, ou etapas, na hipótese de observação do plano temporal de conformação.

O *direito à educação*, por exemplo, a depender do contexto, pode englobar o direito a ser alfabetizado, o direito à educação básica e fundamental, o direito à educação intermediária ou técnica, o direito à educação superior, o direito de acesso às fontes de conhecimento, o direito à preservação de acervos históricos e de interesse cultural, o direito a ter uma educação que respeite os valores culturais de seus povos ancestrais (como ocorre com povos indígenas), o direito a ter uma educação que respeite a diversidade cultural e religiosa, dentre muitos outros⁸⁷.

Cada um desses direitos integrantes de camadas de conteúdo do direito à educação pode ser (ou não) garantido por um determinado Estado ou sistema jurídico de proteção, a depender de inúmeras variáveis, como o processo de formação histórica ou social de um(alguns) povo(s) ou sua situação econômica, que poderá ditar ou condicionar até que limite esses direitos abrangidos no direito à educação poderão ser garantidos internamente, ou a nível regional, por exemplo.

Assim, as dificuldades para a aplicação da universalidade aos direitos sociais são ainda maiores do que as existentes nas demais gerações de direitos, pois para cada um desses direitos teria de haver ao menos um relativo consenso quanto a seu conteúdo essencial para sua expansão harmônica. Ademais, essas dificuldades também são crescentes, pois, à medida que as sociedades mudam e esses direitos ganham novas camadas, surgem novos desafios à expansão dos recém-criados direitos, que necessariamente enfrentarão novos embates em

⁸⁶ No âmbito do SEDH, a jurisprudência da Corte EDH usa um método de interpretação denominado *margem nacional de apreciação* dos Estados, que pode ser ampla ou restrita, conforme este rol de possibilidades de aplicação de direitos humanos protegidos na CEDH seja maior ou menor, segundo critérios por ela definidos, em especial a existência (ou não) de um *denominador de valores comuns*, a representar um consenso europeu sobre o assunto em análise. Esse tema, e sua aplicação aos casos que envolvem direitos sociais, será melhor estudado no capítulo 4, item 4.1.3. deste estudo.

⁸⁷ Sobre o tema da democratização do saber e da informação, em contraposição à uniformidade, ver DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs**. Paris: Éditions du Seuil, 2007, p. 225-251. Tradução livre.

torno do seu conteúdo e adoção. Ou seja, esse processo de definição de conteúdo é, imperiosamente, dinâmico e variável.

Tudo isso talvez explique o motivo dos tratados sobre direitos sociais terem número de adesões sempre inferiores aos tratados correspondentes envolvendo direitos civis e políticos, e até mesmo a bipartição desses instrumentos. E também pode ter gerado as citadas ressalvas de muitos estudiosos e críticos à aplicação da universalidade aos direitos sociais, quimera tão alimentada pelos defensores de direitos humanos, e também por suas normas positivas nos mais diversos sistemas de proteção.

1.5 SÍNTESE CONCLUSIVA

Para o Estado, em termos de atuação externa, a globalização, enquanto processo de crescente integração em termos de política, economia, comunicações e cultura, restringe a sua tradicional soberania, que passa a ser relativizada. Em sua atuação interna, as revoluções tecnológicas e adensamento das comunicações gera uma perda de controle sobre as informações a que têm acesso (e publicam nos mais diversos meios) seus cidadãos, multiplicando o número de atores com ingerência no processo político e social⁸⁸. Tudo isso a contribuir, em especial, para o acréscimo das cobranças sociais e políticas por um comportamento estatal mais consistente em temas de interesse geral, como a proteção aos direitos humanos e a atuação estatal a favor da redução das carências sociais.

Nesse contexto, as pressões externas (oriundas de algum dos vários agentes da sociedade internacional alargada⁸⁹, ou de uma associação entre eles) e internas para a adoção de padrões mínimos de direitos para os homens cresceram continuamente, após o adensamento da globalização, apesar da tradicional resistência dos Estados nacionais nesta área, já que o próprio conceito de direitos humanos, como destacado alhures, é visto como

⁸⁸ MINGST, Karen A. **Princípios de Relações Internacionais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 122.

⁸⁹ Sobre a *sociedade internacional alargada ou ampliada*, deve ser dado destaque para a atuação das organizações internacionais, que constituem os sujeitos secundários do direito internacional, e desenvolveram o direito institucional, cada vez mais complexo e sem substituir o direito relacional clássico, de modo que a interação entre esses dois níveis de organização da sociedade internacional, aliada à gestação de uma sociedade civil (pelas organizações não governamentais, gera uma substituição do direito internacional meramente interestatal pelo da sociedade internacional ampliada. DECAUX, Emmanuel. FROUVILLE, Olivier. **Droit international public**. 9. ed. Paris: Éditions DALLOZ, 2014, p. 167-168. Tradução livre.

ameaçador das suas autoridades soberanas no interior de suas fronteiras.

Apesar desta nova linguagem, criada em prol da expansão dos direitos humanos a nível universal, visar à extensão de direitos a qualquer ser humano em qualquer lugar do globo, seja ele nacional ou estrangeiro, relativizando as noções de soberania e fronteiras nacionais, persiste o problema da falta de adesão às normas internacionais de direitos humanos por Estados com formação ideológica e cultural diversas das privilegiadas nos tratados⁹⁰, e ainda as críticas endossadas pelo movimento de contestação ao fundamento de direitos humanos que podem ser reunidas sob a etiqueta do *relativismo cultural*⁹¹.

Esses obstáculos à pretensão universalizante dos direitos humanos em geral são acrescidos de novos fatores de complexidade quando se trata de direitos sociais, que merecem ser estudados também, portanto, sob a ótica das relações internacionais contemporâneas, especialmente por ainda estarem esses direitos entre os que menos contam com adesões às normas internacionais que os prevêm, e carecerem, portanto, de maior efetividade.

Neste particular, cumpre destacar que o relacionamento de dependência econômica de países periféricos com os hegemônicos, baseado no suprimento destes com matéria-prima barata e abundante, gerou o desenvolvimento de seus sistemas de produção e desenvolvimento tecnológico⁹². Para os primeiros, contudo, causou subdesenvolvimento, aprofundamento das desigualdades sociais, e muita dificuldade em promover e proteger os direitos sociais em sentido estrito que, ao lado dos direitos econômicos e culturais, bem como dos direitos coletivos ou de coletividade, integram a denominada *segunda geração* de direitos humanos⁹³.

Os direitos sociais podem ser definidos levando-se em conta, ainda, segundo uma

⁹⁰ Contudo, apesar do apelo a essa expansão universal dos direitos humanos, a questão de garantir meios efetivos para sua proteção está evoluindo mais em contextos regionais, como o da Europa, que criou instituições como a Corte Europeia de Direitos Humanos, na qual indivíduos podem denunciar violações praticadas por seus próprios Estados perante um tribunal supranacional. PEARSON, Frederic S. ROCHESTER, J. Martin. **International relation. The global condition in the late twentieth century**. 3. ed. MacGraw-Hill Inc., 1988, p. 331-336. Tradução livre.

⁹¹ Para Michael Ignatieff, o comprometimento universal implica que os direitos humanos podem ser compatíveis com uma variedade de maneiras de vida apenas se esse universalismo implicado é conscientemente minimalista. Assim, os direitos humanos somente podem estar assentados em comandos universais se estiverem embasados numa teoria enxuta do que é direito, uma definição das mínimas condições para qualquer tipo de vida. IGNATIEFF, 2001. *Op. cit.*, p. 56. Tradução livre.

⁹² ALVES, Patrícia Vignolo. **A Interdependência Complexa e os Direitos Humanos**. In: OLIVEIRA, Odete Maria e DAL RI JÚNIOR, Arno (orgs.). **Relações Internacionais: interdependência e sociedade global**. Ijuí: Unijui, 2003, p. 366.

⁹³ FERNANDES, Elizabeth Alves. **O Papel do Judiciário na Efetivação dos Direitos Sociais**. In: BOITEUX, Elza Antonio Pereira Cunha (coord.). DOS ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). **Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato**. Salvador: Editora Jus Podium, 2010, p.170.

visão jurídica mais tradicional, suas relações com a supremacia, a juridicidade e a aplicabilidade direta. Assim, os direitos e liberdades clássicos podem ser caracterizados por seu caráter absoluto, no sentido de só poderem ser limitados em casos excepcionais, protegerem realidades pré-jurídicas, e serem inerentes às constituições dos Estados.

Por sua vez, os direitos sociais, não tem esse caráter absoluto e seus limites são muito diferentes dos direitos clássicos, sendo comum no constitucionalismo contemporâneo serem compreendidos, equivocadamente, como meros repositórios de princípios, programas ou aspirações político-sociais. Isso afeta diretamente sua juridicidade e aplicabilidade direta, que ficam prejudicadas, e condicionadas a fatores externos ao Direito.

As pretensões fundadas em direitos sociais prestacionais demandam a atuação positiva do Estado através da disponibilização de recursos que viabilizem políticas públicas voltadas à sua promoção, sendo que não bastam recursos financeiros, mas são também necessários recursos humanos e organização administrativa a gerar políticas públicas, o que nem sempre existe em nível suficiente na prática. Tal fato leva a que estes direitos sejam limitados, inclusive juridicamente, por circunstâncias não jurídicas, como a disponibilidade de recursos, e o condicionamento, por opção política, a que sua implementação seja feita de forma progressiva (e não imediata, como pode ocorrer em relação a direitos civis e políticos que consagrem liberdades negativas)⁹⁴.

A realidade, em especial nos Países ditos *subdesenvolvidos* ou *em desenvolvimento*, mostra que determinados grupos de indivíduos (especialmente aqueles incluídos em grupos de maior vulnerabilidade social) poderiam não atingir, sem intervenção estatal por meio de medidas positivas, padrões de oportunidade e condições de vida aceitáveis e compatíveis com as necessidades de desenvolvimento pleno da vida humana⁹⁵, ou seja, poderiam não dispor sequer do mínimo existencial a garantir a proteção de sua dignidade.

Além dessa massa de excluídos dos progressos alcançados com o desenvolvimento tecnológico e econômico (resultado, em certa medida, da globalização econômica em sua feição atual), existem grandes contingentes de pessoas com acesso precário ou insuficiente ao

⁹⁴ Há autores, inclusive, que entendem que somente os direitos civis e políticos são, verdadeiramente, direitos humanos, ou que a primeira e segunda geração de direitos não podem ser asseguradas ao mesmo tempo, por serem contraditórias entre si. Também discordamos deste posicionamento, que desconsidera por completo o caráter indivisível e interdependente dos direitos humanos. Para uma síntese dessas críticas à defesa dos direitos sociais, econômicos e culturais. HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie. ROMAN, Diane. **Droits de l'Homme et libertés fondamentales**. 1. ed. Paris: Éditions DALLOZ, 2013, p. 14-16. Tradução livre.

⁹⁵ FERNANDES, Elizabeth Alves. **O Papel do Judiciário na Efetivação dos Direitos Sociais**. In: BOITEUX, Elza Antonio Pereira Cunha (coord.). DOS ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). **Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato**. Salvador: Editora Jus Podium, 2010, p. 174-175.

exercício dos direitos sociais, ou seja, em níveis bem próximos aos limites do que se pode estabelecer como o mínimo aceitável num Estado de direito⁹⁶.

Alguns dos Estados ordenadores desses Países não possuem, de fato, recursos financeiro e humanos suficientes a garantir que o direito à saúde, educação, moradia, ao trabalho, dentre outros direitos sociais, sejam realmente acessíveis para todos, ou seja, sejam universalizados e garantidos a todos em seus territórios. Outros deles, apesar de possuírem uma menor restrição de recursos, ou até de possuírem recursos que possam ser considerados suficientes a garantir os padrões mínimos de direitos sociais internacionalizados pelos tratados sobre o tema, não estão aptos ou suficientemente organizados (política e socialmente) para que as políticas públicas necessárias sejam implementadas, ou alcancem resultados satisfatórios, o que parece ser o caso, por exemplo, do Brasil.

Ademais, a própria natureza dos preceitos que instituem os direitos sociais, por serem dirigidos a orientar a ação política, dificulta a percepção de direitos correlativos que deles derivem. Isso porque existem inúmeras formas e níveis de realização de direitos sociais prestacionais (basta pensar no direito à educação, e nas diversas formas de realizá-lo), sendo que a política pública definida pelo Estado é que dirá o modo e o nível de sua realização, sendo muito controversa e passível de crítica, a ingerência do poder judiciário (ou outro órgão de controle) nesta definição, ainda mais em se tratando de instâncias externas ao Estado (o que pode afetar diretamente a soberania estatal).

Contudo, atualmente, boa parte da doutrina sobre o tema defende que é possível e também indispensável a atuação de órgãos de caráter jurisdicional em demandas de caráter social quando houver omissão da Administração Pública interna a um Estado em proteger os direitos sociais, ou em casos de inexistência ou ineficiência dos programas sociais⁹⁷. Essa tendência (com a qual concordamos por ser necessária à promoção da igualdade substancial, e da justiça distributiva tão almejada por esta segunda geração de direitos humanos), tem sido acompanhada, no plano internacional, pelos sistemas universal e regionais de proteção aos direitos humanos, que trilham um caminho de ampliação dos mecanismos (inclusive jurisdicionais) de proteção dos direitos sociais.

Assim, a tutela jurisdicional desses direitos ainda tem pouca efetividade, por não

⁹⁶ Sobre o tema, conferir BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. São Paulo: Zarah, 2009.

⁹⁷ FERNANDES, 2010, *Op. cit.*, p. 170-175. Para a autora: “(...) *O Estado do Bem-Estar social definiu uma posição estatal ativa, que não condiz com a ideia de neutralização do Judiciário.*”.

existirem, em regra, normas que determinem seu conteúdo concreto⁹⁸, embora seja vista como uma tendência irreversível nos planos doméstico, internacional, e regional de proteção aos direitos humanos. Tudo isso contribui para que a questão da universalidade dos direitos humanos torne-se ainda mais complexa e difícil de realização prática na seara dos direitos sociais.

Não podemos olvidar, porém, que as relações internacionais no século XXI são marcadas por um legado de violência contra o ser humano, no qual as atrocidades cometidas nas duas grandes guerras mundiais, o advento das armas de destruição em massa, e as desigualdades sociais apontaram para a necessidade de uma evolução significativa na proteção dos direitos humanos. Essa evolução não pode ser negada, apesar das críticas e posicionamentos mais pessimistas, eis que, atualmente, os Estados estão sendo cada vez mais responsabilizados por violações cometidas contra direitos humanos, inclusive as praticadas contra seus nacionais, e em seus territórios, e também cobrados pela implementação de programas sociais para sua promoção.

Assim, o direito internacional e a legislação sobre direitos humanos tem avançado significativamente como uma resposta ao sofrimento humano. A universalidade dos direitos humanos, contudo, somente prevalecerá quando as diferenças raciais, religiosas e culturais perderem relevância para os valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, que devem se sobrepor a outros valores⁹⁹, inclusive por opção de política legislativa positivada nos mais diferentes instrumentos normativos de proteção aos direitos humanos.

Não há como deixar de reconhecer que os diversos obstáculos ligados à universalização dos direitos humanos, especialmente dos direitos sociais, tão dependentes de uma melhor (e improvável) distribuição de recursos econômicos e humanos entre os Países do globo, além de sua vinculação a questões eminentemente políticas, tornam a sua juridicidade fragilizada, nos planos domésticos e internacionais.

Contudo, é possível imaginar outro sentido para a universalidade dos direitos humanos sociais (assim como os dos demais), vendo-os não como um imperativo de padronização dos direitos garantidos pelas ordens estatais nacionais, mas sim como uma força universalizante, como uma linguagem que agregue o consenso da sociedade internacional (revelado em dispositivos dos tratados e outras fontes de DIP) sobre um determinado tema,

⁹⁸ ESTAY, 2003. *Op. cit.*, p. 245-246.

⁹⁹ LIMA, Sergio Eduardo Moreira. **A reflection on the universality of human rights, democracy and the rule of law in International Relations.** In: MAGALHÃES NETO, Hamilton (coord.). **Human rights and their possible universality.** Rio de Janeiro: Academy of latinity, 2009, p. 309-322. Tradução livre.

passível de ser oposta aos Estados quando ocorre violação de seu conteúdo (ainda que aberto), seja contra parte ou contra a totalidade da coletividade de um determinado Estado.

Dessa forma, propomos não o abandono da noção de universalidade dos direitos humanos sociais, tão necessária à expansão da linguagem dos direitos humanos, mas sim uma reformulação conceitual que permita a superação dos obstáculos teóricos e práticos à sua aplicação nos planos domésticos, regionais, e universal de proteção aos direitos humanos. Neste sentido, os direitos sociais, assim como as demais espécies de direitos humanos, se não podem ser vistos como *universais*, devem ser vistos como *universalizáveis*¹⁰⁰, atuando com a força de um argumento irrecusável para a promoção das melhores condições de vida para todos, ao menos para os Estados e demais agentes sociais que a eles aderiram, ainda que sujeito aos limites já descritos neste estudo¹⁰¹.

Assim compreendidos, os direitos sociais tem potencial para cumprir a sua missão essencial, o fundamento de sua criação, que é o de proporcionar a todos os seres vivos acesso a condições de vida e oportunidades, através da adequada educação, saúde, lazer, moradia e trabalho, o que tem de ser garantido para além das fronteiras nacionais, pela comunidade internacional, que ainda precisa aprimorar os mecanismos para sua garantia e aplicação.

¹⁰⁰ JULLIEN, François. **Quel absolu pour les Droits de l'homme**. In: NETO, Magalhães Hamilton (org.). **Human Rights and their Possible Universality**. Rio de Janeiro: Educam – Editora Universitária Cândido Mendes, 2009, p. 80-81. Tradução livre.

¹⁰¹ Em igual sentido: “*Ainda que ditos fundamentais, os direitos humanos funcionam menos como conceitos constituintes de uma síntese de valores universais que determinaram as respostas precisas e definitivas, do que como uma síntese de processos transformadores que deslançam um movimento de compatibilização das diferenças*”. DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?** Paris: Éditions du Seuil, 2011, p. 217. Tradução livre.

2 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A aplicação dos direitos sociais, aqui se entendendo por aplicação uma operação levada a cabo pelo *operador do Direito* e podendo envolver a interpretação ou hermenêutica de suas normas garantidoras e, também, sua concretização, seja pelo Estado, por meio de políticas públicas, ou pelos particulares, por influência horizontal dos direitos humanos em suas relações privadas, é sempre uma operação jurídica complexa, assim como os próprios direitos que se quer fazer valer no seio da(s) sociedade(s). Em se tratando de direitos sociais, é necessária uma hermenêutica especial e voltada para sua concretização, por meio de métodos e instrumentos jurídicos específicos.

Inicialmente, observa-se que os direitos sociais trazem a marca dos anseios por transformações sociais, por redução das desigualdades sociais em busca de maior igualdade de oportunidades (o que pode ser traduzido por uma *justiça social* ou *distributiva*), em flagrante contradição aos *direitos clássicos*, ou seja, os *direitos de defesa* e, até mesmo (deixando um pouco o limite da análise no campo dos direitos humanos), os direitos integrantes das normatizações de índole prioritariamente privada, como os integrantes do *direito civil*. Os últimos, tais como os direitos decorrentes da propriedade, do contrato, da sucessão, dentre outros, são delineados para manter a paz social, a coesão da sociedade, a ordem necessária ao seu desenvolvimento, enfim, a estabilizar, em um certo sentido, as relações sociais.

Tal marca distintiva já demanda uma postura diferenciada do intérprete dos direitos sociais que terá de saber selecionar, dentre as regras ou métodos tradicionais de hermenêutica, aquelas que não contrariem esse comando de transformação social e, ainda, de encontrar novas soluções jurídicas (como, por exemplo, novos princípios a regerem a interpretação) que se adequem melhor a essa demanda. De igual modo, alguns dos princípios aceitos como integrantes do regime jurídico próprio dos direitos sociais, com o *princípio da reserva do possível*, requerem uma atualização de seu sentido pelo intérprete comprometido com a efetividade dos direitos sociais¹⁰².

¹⁰² Sobre a problemática em torno do *princípio da reserva do possível*, concordamos com o Prof. Dr. Carlos Ayres Brito que defendeu, em aula ministrada no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, no 1º. semestre 2012, a substituição da noção de *reserva do possível* por *ressalva do impossível*. O segundo termo, sem dúvida, limita a utilização falaciosa da limitação de recursos

Por outro lado, além da etapa predominantemente interpretativa, que nunca será estanque ou acabada por completo, dado à dinamicidade própria do Direito, instrumento sempre a reboque das mudanças na vida social, pode-se (e deve-se) atingir a concretização dos direitos sociais, no sentido de realmente possibilitar ou garantir seu gozo pelos indivíduos que dele sejam titulares, sob pena de desestabilização do sistema jurídico como um todo.

Nesse ponto, a realidade da vida e todas as suas limitações, justificadas ou não, geram obstáculos e falhas à aplicação dos direitos sociais que, no entanto, somente podem ser mensuradas com o aprimoramento de mecanismos de aferição dos resultados, pelos próprios aplicadores dessas normas (podendo tratar-se de Estados, organizações internacionais, organizações não governamentais, empresas, indivíduos ou outros agentes da comunidade internacional, regional, nacional e local).

Além disso, devem ser aprimorados os instrumentos, procedimentais ou interpretativos, à disposição dos órgãos de controle instituídos pelos sistemas de proteção aos direitos humanos (com caráter jurisdicional ou não), que ainda são incumbidos da tarefa de constatar a ocorrência de violações às normas garantidoras dos direitos sociais, e estabelecer eventuais reparações às vítimas¹⁰³. Como um exemplo dessa necessidade, apontamos a inversão do ônus da prova em relação à insuficiência de recursos estatais para a implementação de políticas públicas voltadas aos direitos sociais, a fim de que o Estado acusado de violá-los fique incumbido de provar tal circunstância¹⁰⁴.

Nesta ordem de ideias, fica inserida a importância de uma análise mais cuidadosa da aplicação dos direitos sociais, da urgência de um despertar para a hermenêutica das suas normas garantidoras, bem como do estágio atual de desenvolvimento dos mecanismos de aferição de resultados e de violações, indispensáveis ao exercício de supervisão pelos órgãos de supervisão e controle, e para a constatação da responsabilidade internacional¹⁰⁵ de estados violadores de direitos humanos sociais¹⁰⁶.

estatais como escusa à implementação, ainda que progressiva, dos direitos sociais. E também pode servir de fundamento à inversão do ônus da prova, a favor do requerente e contra o Estado acusado de violação.

¹⁰³ O marco regulatório e a atuação de parte relevante de tais órgãos de supervisão e controle em matéria de proteção aos direitos humanos sociais é objeto de análise nos capítulos 3 e 4 desta pesquisa.

¹⁰⁴ Em igual sentido: TEIXEIRA DE ALMEIDA, Ramiro Rockenbach da Silva Matos. **Direitos Humanos, Reserva do Possível e ônus da prova**. In: MANENTE, Ruben Rockenbach e outros (orgs.). **Teoria Crítica dos direitos humanos. Das lutas aos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 209-237.

¹⁰⁵ Sobre o tema da responsabilidade internacional de Estados, em geral, ver: VARELLA, 2012. *Op. cit.*, p. 401-438. ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2009, e 338-443. REZEK, 2013. *Op. cit.*, p. 321-340.

¹⁰⁶ Sobre a responsabilidade internacional de Estados por violações de direitos humanos, ver: RAMOS, André de Carvalho, 2004. *Op. cit.*

2.1 NOTAS SOBRE A HERMENÊUTICA JURÍDICA

Partindo da premissa de que existem peculiaridades na hermenêutica jurídica das normas garantidoras de direitos humanos sociais integrantes do *Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH)*, decorrentes de características singulares desta categoria especial de direitos, ou seja, das particularidades do *direito internacional social*, impõem-se a questão de avaliar se (e em que medida) as normas do regime jurídico próprio e as peculiaridades dos direitos sociais interferem na maneira de interpretar e aplicar tais direitos, com vistas à sua expansão harmônica em um determinado sistema jurídico, bem como entre diferentes sistemas interagindo em sua proteção.

Para tanto, é preciso conhecer as raízes históricas, filosóficas, possíveis fundamentos, princípios específicos do regime jurídico dos direitos sociais¹⁰⁷, dentre outras noções essenciais ao tema, sempre com um viés comparativo em relação às demais categorias de direitos humanos, e voltado para a busca de um processo de aplicação dotado de instrumentos ou mecanismos jurídicos que garantam a efetiva e eficaz responsabilização internacional dos Estados violadores de direitos humanos, ao mesmo tempo em que garanta adequada reparação às vítimas.

A moderna hermenêutica jurídica, enriquecida como foi por aportes da *hermenêutica filosófica*¹⁰⁸, encontra-se apta a instrumentalizar a interpretação e aplicação dos direitos sociais de modo a garantir sua efetividade para o destinatário da norma. Contudo, uma série de mitos e pré-compreensões inautênticos interferem na seleção dos argumentos utilizados nas decisões sobre o tema. Tal fator de desestabilização do sistema jurídico gera um grande impacto no conteúdo destas decisões, que, muitas vezes, são flagrantemente omissas em resguardar os direitos sociais, em viabilizar o seu gozo, especialmente em se tratando da execução de eventuais condenações delas resultantes (ainda que não se possa desprezar a crescente influência dessas decisões nos âmbitos domésticos dos Estados integrantes de sistemas de proteção, dado ao valor simbólico da linguagem dos direitos humanos).

¹⁰⁷ O regime jurídico e principiologia próprios dos direitos sociais são tratados no capítulo 1, item 1.2 desta pesquisa.

¹⁰⁸ Para aprofundar o estudo sobre a influência da hermenêutica filosófica na hermenêutica jurídica, conferir, por todos, COELHO, Inocêncio Mártires. **Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica. Fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Neste sentido, esta etapa do estudo sobre a universalidade aplicada aos direitos sociais tem como proposta responder ao seguinte questionamento:

(i) A interpretação e aplicação das normas jurídicas sobre direitos humanos sociais, devido a seu regime jurídico próprio e sua principiologia, reclamam uma hermenêutica jurídica própria, particular, especial, de modo a garantir a sua progressiva expansão harmônica nos diferentes sistemas jurídicos?

(ii) Ou, ao contrário, os direitos sociais podem ser aplicados pelo intérprete da mesma maneira que os demais direitos humanos, sem diferenciação nos critérios de julgamento, sem que essa indistinção comprometa a sua concretização e efetividade perante os destinatários das suas normas?

A questão pode parecer simples, a princípio, mas tantos são os *mitos*, ideologias, e pré-compreensões ou prejuízos inautênticos, no sentido *Gaddameriano*¹⁰⁹, a envolver o tema (especialmente quando entra em debate a questão de um certo *ativismo judicial*¹¹⁰ a favor dos direitos sociais), que é preciso cautela e vagar ao pesquisá-lo, para melhor compreendê-lo. E, ainda, devemos ter sempre como norte a busca da evolução no processo de expansão e concretização dos direitos sociais, enquanto principal instrumento jurídico da atualidade no combate às desigualdades sociais e injustiças materiais.

Para tanto, como fartamente denunciado pela mídia mundial e também por estudos embasados em diversos ramos da ciência (como a Política Internacional, as Relações Internacionais, a Economia, as pesquisas de Estatística, a Sociologia, a História, dentre tantas outras), não foi suficiente transformar os direitos sociais em normas expressas. Tais normas, presentes em nível interno, internacional, e transnacional, com intrincados processos de

¹⁰⁹ Estamos nos referindo ao jargão desenvolvido na obra de Hans-Georg Gadamer, em especial na sua obra *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, onde deixa expresso que: “*A tarefa de interpretação consiste em aplicar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica (...)*”. E, ainda, que: “*A aplicação não quer dizer aplicação ulterior de algo comum dado, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, mas é, antes, a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito*”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1997, p. 489, e p. 504-505.

¹¹⁰ Aqui empregamos a expressão *ativismo judicial* como sinônimo de uma tomada de posição mais proativa do juiz ou outro operador de direito ao aplicar determinada norma tendo em vista a facilitação do atingimento de um fim específico (no caso em análise, a expansão dos direitos sociais e a consequente redução em seu déficit de efetividade).

interação e sobreposição entre elas, sempre visam à maior proteção do ser humano em sua dignidade, configurando uma etapa que já se encontra em estágio bastante desenvolvido no direito internacional dos direitos humanos, tornando possível até se falar na existência de uma *inflação normativa* nesse campo^{111/112}.

Ao contrário, percebe-se cada vez mais a necessidade premente de buscar um grau maior de evolução no processo de contínua expansão e concretização de tais direitos, até para garantir sua existência enquanto direitos judicialmente exigíveis, diante da enxurrada de críticas que a *linguagem dos direitos humanos* sofre desde suas origens, em especial dirigidas contra os direitos sociais.

Tais críticas ainda não foram totalmente superadas, ou talvez nunca o serão, principalmente se considerarmos que, como todos os outros direitos, mas talvez num grau mais acentuado, os direitos humanos são uma linguagem oposta a outras poderosas linguagens, representativas de não menos relevantes forças sociais, como interesses meramente econômicos ou contrários à solidariedade social (sempre a fomentaram críticas aos direitos humanos, sejam elas justificadas ou não)¹¹³.

Quando usamos a expressão *linguagem dos direitos humanos*, convém destacar, o fazemos não no sentido de negar sua natureza jurídica, ou de direito posto em normas jurídicas (em um sentido positivista, a considerar que “(...) a *experiência jurídica é uma experiência normativa*”¹¹⁴), mas, apenas, por considerá-los relevantes socialmente em termos não somente jurídicos, como também devido a uma valorização da *força simbólica* desses direitos¹¹⁵ ou, ainda, afetando a seara do que Norberto Bobbio definiu como *função promocional do Direito*, ao defender que os direitos humanos são um meio apto a induzir a

¹¹¹ Uma boa condensação dessa contradição, em obra onde o desenvolvimento de políticas sociais é vista como um desafio aos direitos humanos, pode ser aferida na expressão de Diane Roman ao questionar o leitor: “Direitos sociais, direitos dos pobres ou direitos do Homem?”, constatando que: “a despeito de todas as proclamações sobre a indivisibilidade dos direitos do homem, os direitos econômicos e sociais continuam submetidos a um déficit de credibilidade”. ROMAN, Diane. **Les droits sociaux, “droits des pauvres” ou droits de l’Homme?** In: BORGETTO, Michel (org.). **Les droits sociaux, entre droits de l’Homme et politiques sociales. Quels titulaires pour quels droits?** Paris: Lextenso éditions, 2012, p.1-24. Tradução livre.

¹¹² Ou, ainda, no questionamento formulado por Dominique Rousseau sobre os direitos sociais, em prefácio a tal obra: “Direito dos pobres, pobres direitos ou riqueza dos pobres?”. ROUSSEAU, 2012. *Op. cit.* Tradução livre.

¹¹³ As enormes distâncias a serem percorridas entre as promessas ou garantias da linguagem dos direitos humanos e sua(s) prática(s) pelos mais diversos atores sociais, nos planos domésticos e internacional, suscitam uma série de críticas aos direitos humanos, direcionadas também à sua falta ou ao seu deficit de efetividade, das quais também não nos ocuparemos diretamente nesta pesquisa, dado aos seus limites.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 15.

¹¹⁵ NEVES, Marcelo. **A Força simbólica dos direitos humanos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 417-450.

mudança social no mundo contemporâneo, por possibilitarem o estímulo e desestímulo de comportamentos¹¹⁶.

Tal noção de *força simbólica de direitos humanos* decorre do reconhecimento de que, com base nos valores e princípios colhidos da teoria dos direitos humanos e representada pelos seus conceitos, a sociedade e, por corolário, o produto normativo desta e suas instituições, tendem a integrá-los, em uma reação mais política do que normativa, ou ainda utilizá-los como fontes de inspiração ou norte interpretativo, e, também, como valor a conduzir suas escolhas e ações.

Esta característica está presente em todas as normas jurídicas, eis que estas impactam as sociedades em aspectos que transbordam a sua aplicação direta e coercitiva, porém ganha relevo em se tratando de direitos humanos, devido à sua ligação com temas vitais à organização social, a demandarem a atuação de instrumentos integrantes de outros âmbitos de interferência no corpo social, como a religião, a política, a moral, e a educação, dentre outros.

Parece notável, assim, a relação existente entre um correto uso da hermenêutica jurídica (entendida como decorrente da hermenêutica filosófica, e incluindo a advertência de que esta deve ser sempre expressão da *estrutura histórico-cultural* na qual ela se insere e se desenvolve, só podendo e devendo ser apreciada no respectivo contexto¹¹⁷) pelos intérpretes de direitos sociais, situando-a em seu contexto próprio e sempre tendo em mira sua relevante função social, enquanto parte integrante em todos os sistemas de proteção aos direitos humanos, e o avançar do seu paulatino e (ainda) lento processo de expansão e concretização nas mais diversas regiões.

Inicialmente, convém destacar que a reflexão sobre a tarefa de interpretar e aplicar as normas jurídicas, segundo cremos, não pode prescindir da crítica ao existencialismo e ao representacionalismo, da qual compartilhamos, partindo da premissa de que: “*a hermenêutica jurídica tem como função afirmar o que não pode ser dito sobre essa tarefa de interpretar e aplicar normas jurídicas*”, e ainda “*(...) pela inadequação da interpretação jurídica como um processo (mental) de busca de significativos preexistentes*”¹¹⁸.

¹¹⁶ Para o autor, abordando o cerne da questão do déficit de efetividade dos direitos humanos, atualmente, o problema fundamental em relação aos direitos do homem não é tanto o de encontrar seu fundamento (s), mas sim de garantir sua proteção. BOBBIO, Norberto, 2004, *Op. cit.*, p. 43.

¹¹⁷ COELHO, Inocêncio Mártires, 2010. *Op. cit.*, p. 157.

¹¹⁸ Utilizando-se de uma perspectiva subjetiva da relação entre (micro)economia e direito (com base na teoria da argumentação), e desprezando, por questões metodológicas, a objetiva (decorrente da sociologia jurídica), a relação entre Economia e Direito estudada por José Maria de Andrade em obra (que é a publicação de sua tese de livre docência na Universidade de São Paulo) é a do uso (muitas vezes indevido ou mal aplicado) das teorias

Desse modo, mostra-se de todo inútil uma hermenêutica que pesquise as *razões do decidir* (que seriam, em última instância, um *mistério insondável*), restando viável, factível, apenas a análise dos argumentos postos que justificam determinadas decisões (vistas como construções de normas jurídicas). Sintetizando, seria indispensável um deslocamento de ponto de vista do jurista em sua análise, para enfocar os argumentos contidos nas decisões: “*Ou seja, da hermenêutica jurídica da origem dos motivos para a teoria da argumentação da análise do decidido*”¹¹⁹.

Outra premissa essencial e correlata a essa rejeição ao essencialismo e ao representacionalismo é a concepção da identificação do ato de interpretar ao de aplicar a norma jurídica, como um único processo, na linha do que poderíamos chamar de *teorias concretizantes do direito*, concebendo-o como um *ato de vontade* ou uma *decisão jurídica*, com certa carga construtiva¹²⁰, mas sem resvalar na defesa de uma *liberdade metodológica dos intérpretes* ou de um *relativismo epistemológico* (o que poderia impossibilitar a análise do acerto ou não de uma determinada decisão). O denominado *positivismo jurídico contemporâneo*, adotado no contexto das teorias positivas em sentido estrito, rejeitando-se a eleição prévia de valores (morais) a serem defendidos, protegidos, positivados, ou seja, abstando-se de um retorno ao *moralismo*, é importante para analisar a questão de possibilidade de argumentos diversos (sejam estes econômicos, morais, políticos, estatísticos ou de outros saberes), fundamentarem decisões jurídicas concretas (o que pode ser refutado pela aceitação exclusiva de argumentos e fundamentos *jurídicos*)¹²¹.

Nesse ponto, tal posicionamento, a favor do positivismo, e sua delimitação do campo jurídico como aquele onde o critério de acerto (ou não) de uma decisão é dado pela interpretação e aplicação de determinada(s) norma(s) jurídica(s), do qual compartilhamos inteiramente, é salutar no campo dos direitos humanos, em especial dos ditos *sociais*, por seu conteúdo essencial estar imbrincado em temas de alta relevância para o grupo social e forte

econômicas para justificar decisões sobre direito concorrencial no Brasil, sempre balizando a análise no que denomina de *positivismo jurídico contemporâneo*. ANDRADE, José Maria de. **Economicização do Direito Concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 135-163.

¹¹⁹ ANDRADE, José Maria de, 2014. *Op. cit.*, p. 135.

¹²⁰ Em igual sentido, destacamos, por todos, o pensamento de Rafael de Asís, para quem a postura defensora da possibilidade de alcançar uma única resposta interpretativa correta e, portanto, da ausência de discricionariedade interpretativa, implica ou em negar a indeterminação das normas jurídicas, ou em afirmar que é possível determinar o sentido correto através da utilização de recursos extrajurídicos. ASÍS, Rafael. **La interpretación de la constitución en una sociedad multicultural**. In: VIGO, Rodolfo L. (et. al.). **Interpretación e argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales**. 1. ed. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011, p. 70. Tradução livre.

¹²¹ ANDRADE, José Maria de, 2014. *Op. cit.*, p. 135-163.

carga ideológica, política e moral. Estes temas são, muitas vezes, utilizados como argumentos que, diretamente, e até de forma exclusiva, fundamentam as decisões jurídicas, algumas vezes em sentido contrário ao que o intérprete poderia concluir a partir da interpretação baseada na regulação propriamente jurídica do direito social.

Também muito importante é a ressalva (já mencionada alhures) de que, ainda que seja aceita a eleição de um objetivo (moral ou não), ou de um *norte magnético* para onde as interpretações devam ser conduzidas, este ponto de encontro deve considerar uma teoria ética cultural e historicamente considerada, minimamente adequada ao texto constitucional¹²², ou ao *corpus* jurídico regente do sistema individualmente considerado, e não mimetizar, sem crítica, e julgando com isso provocar evolução social, teorias morais importadas de culturas jurídicas estrangeiras diversas e sem conexão alguma com o sistema normativo em que se encontra inserido.

O problema da eleição de um conteúdo de justiça apriorístico em relação ao direito positivo (o que pode ser identificado, prioritariamente, no *jusnaturalismo* ou *neojusnaturalismo*) está relacionado a um risco metodológico da defesa de interpretações que não se baseiem em fundamentações jurídicas, supostamente em prol de boas intenções, sejam elas de feição moralistas, utilitaristas, ou consequencialistas (em nítida ameaça à segurança jurídica e à estabilidade do sistema jurídico individualmente considerado).

Isto porque pode ser gerado um risco de *relativismo intencional e engajado*, ou, “(...) a defesa de construtivismo jurídico ilimitado (problemática dos limites da interpretação), a apologia de um realismo jurídico ou de algum consequencialismo forte baseado em algum motivo “supra” “meta” “sobre” normativo”¹²³. Todas essas preocupações também são muito significativas para o campo dos direitos humanos, permeado como este é de ideologias, políticas nacionais e internacionais, e conflitos de interesses das mais variadas origens.

Os argumentos *de justificação*, em lugar daqueles *de motivação*, ganham lugar central quando a análise das decisões jurídicas está centrada não em como o intérprete chegou às conclusões expostas, mas sim em como, após eleita a decisão, os argumentos selecionados são apresentados para lhe dar apoio¹²⁴. Isso permite a identificação das linhas argumentativas

¹²² Isto na hipótese de se tratar de norma integrante de sistema jurídico nacional, o que pode ser aplicado, por analogia, às convenções internacionais estruturadoras de (sub)sistemas jurídicos supranacionais ou internacionais, no caso de norma integrante do direito internacional dos direitos humanos.

¹²³ ANDRADE, José Maria de. *Op. cit.*, p. 135.

¹²⁴ Sobre a visão do direito como argumentação, ou a importância desta para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, conferir também: ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación**. Barcelona: Editora Ariel, 2006. BRAVO, Fernando Quintana. **Interpretación y**

selecionadas pelo intérprete no caso concreto, o que também representa uma rejeição ao *ceticismo*, na medida em que se admite a possibilidade um controle ou verificação do acerto da decisão, confrontando-a com o sistema normativo positivo correspondente.

Desse modo, o campo da argumentação jurídica é que possibilitará um mínimo de controle do processo de interpretar e aplicar a norma jurídica (de concretizar o texto normativo transformado em norma jurídica), diante da necessidade de fundamentação das decisões e obediência às normas procedimentais estabelecidas previamente à decisão, o que também pode ser enfocado como *o deslocamento da origem da interpretação para o campo da justificativa*¹²⁵.

Essas premissas sobre interpretação e aplicação de normas jurídicas, conjugadas à complexidade, singular regime jurídico dos direitos humanos sociais, e sua universalidade, tornam necessárias a proposta de uma adequada hermenêutica jurídica dos direitos sociais, que valorize esses fatores de diferenciação e privilegie a efetividade dos direitos sociais.

2.2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA PRÓPRIA AOS DIREITOS SOCIAIS

As especificidades do regime jurídico aplicável aos direitos sociais, já destacadas, geram novos desafios e limites à sua aplicação embasada na busca da universalidade. Ademais, as dificuldades em sua aplicação também são crescentes, pois, à medida que as sociedades mudam e esses direitos ganham novas camadas, surgem novos desafios à expansão dos recém-criados direitos, que necessariamente enfrentarão novos embates em torno do seu conteúdo e formas possíveis de adoção. Assim, é necessário o desenvolvimento de uma hermenêutica jurídica própria à aplicação dos direitos sociais e à sua expansão harmônica.

Os desafios a tal expansão são inúmeros, o que talvez explique o motivo dos tratados sobre direitos sociais terem número de adesões sempre inferiores aos tratados correspondentes envolvendo direitos civis e políticos, e até mesmo a bipartição desses instrumentos¹²⁶. E pode

argumentación jurídica. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006. PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação.** São Paulo: Martins Fontes, 1996. Tradução livre.

¹²⁵ ANDRADE, José Maria de. *Op. cit.*, p. 143.

¹²⁶ Neste sentido, observa-se, por exemplo, que o principal diploma normativo do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos - SIDH, ou seja, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (mais conhecido como *Protocolo de San Salvador*), reflete a aceitação, no sistema interamericano, da dualidade de instrumentos já existente no sistema

eventualmente justificar também as inúmeras ressalvas, seja expressamente nas normas jurídicas garantidoras de direitos sociais, ou em argumentos em que se fundamentam interpretações e decisões encontradas na jurisprudência sobre tais direitos, quanto à possibilidade de exigibilidade judicial destes, refletidos, por exemplo, nos princípios ou diretrizes da *implementação progressiva* desses direitos, e ainda assim, condicionada à chamada *reserva do possível*, ou seja, à suficiência de recursos financeiros para a sua concretização.

Alguns aspectos jurídicos relevantes decorrem dessa maior dificuldade de aplicação da universalidade aos direitos sociais. Enquanto resposta adequada a essas dificuldades, podemos citar algumas adaptações ou mecanismos de coerência utilizados com frequência na hermenêutica dos direitos sociais que, de certa maneira, podem relativizar a universalidade, mas garantir o processo de continua expansão harmônica, a concretização e efetividade desses direitos, como, por exemplo:

- (i) o uso da noção de núcleo essencial de direitos¹²⁷;
- (ii) a adoção da margem nacional de apreciação (MNA) pela Corte Europeia de Direitos Humanos^{128/129};
- (iii) o uso de mecanismos de aferição de resultados na implementação de direitos sociais, especialmente de indicadores sociais a serem consensualmente desenvolvidos em cada um dos sistemas de proteção¹³⁰;
- (iv) a aceitação da formação de padrões de efetivação (*standards internacionais*), a

universal da ONU, dividindo os direitos humanos em civis e políticos, e direitos econômicos sociais e culturais.

¹²⁷ Sobre o tema do núcleo essencial dos direitos sociais, ver a seguinte obra, resultante de adaptação de dissertação de mestrado sobre as diversas teorias e fundamentos do conteúdo essencial dos direitos sociais: SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹²⁸ Sobre o uso da MNA, em igual sentido: “*A margem nacional de apreciação, como método do processo de interação do direito, é o melhor meio de preservar as diferenças e prestigiar os direitos humanos. Ela permite uma aproximação das práticas, por intermédio de um reexame periódico das práticas nacionais, observando-se a evolução da sociedade e da ciência. Preserva-se a diversidade das práticas nacionais determinadas por fatores religiosos e morais, sem perder de vista uma futura possibilidade de aproximação de distintos ordenamentos jurídicos. Seria possível construir uma comunidade de direito sem uma comunidade de valores ou a universalização jurídica não é suficiente para a construção de uma sociedade de valores? Hodiernamente, faz-se necessário pensar na existência de um diálogo intercultural, argumentativo e contraditório, que leve em conta as diferenças históricas, geográficas, de tradições filosóficas e religiosas etc.*” DINIZ, 2012. *Op. cit.*, p. 201-227.

¹²⁹ O uso da margem nacional de apreciação como método interpretativo de direitos humanos na Corte EDH, com nuances próprias aos direitos sociais, será examinado no capítulo 4, item 4.1.3 desta pesquisa.

¹³⁰ O tema será objeto de abordagem mais detalhada neste mesmo capítulo, no item 2.3.

serem considerados na aplicação desses direitos¹³¹; e

(v) a tendência à harmonização das normas internacionais pelo método comparativo e o crescente dialogo de juízes^{132/133}.

Uso da noção de núcleo essencial de direitos. Em sentido coincidente à expansão dos direitos sociais, a ideia de *núcleo essencial de direitos sociais* vem socorrer a aplicação da universalidade a tais direitos, à medida que pode garantir a manutenção, ainda que relativizada, dessa noção, ao preconizar que, a despeito da complexidade e densidade normativa desses direitos, seu núcleo essencial deve ser respeitado e observado por todos os que interpretem normas oriundas de sistemas jurídicos comprometidos com sua concretização, ou seja, ao menos dentre os que se disporem a colaborar para a expansão dos direitos humanos de segunda geração.

Contudo, isso não resolve inteiramente o problema, pois o dissenso pode continuar exatamente em torno da definição de qual seria especificamente esse núcleo essencial, em relação a uma determinada espécie de direito social, em particular, e em um determinado contexto, já que estamos tratando, no âmbito do DIDH, de iniciativas entre Estados diferentes, de uma mesma região, ou até mesmo a nível universal, e, assim, de diferentes e sobrepostos sistemas jurídicos.

Porém, ainda que não seja indene de críticas, essa noção tem a utilidade de ajudar a restringir a dificuldade citada alhures, ou seja, reduzir o dissenso, sem que a pretensão à universalidade precise ser formal e praticamente abandonada, o que em muito ameaçaria a força simbólica da linguagem dos direitos humanos, e a estabilidade e consistência dos sistemas de proteção aos direitos humanos.

Adoção da margem nacional de apreciação pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Ainda que sem intenção de resolver especificamente a questão dos direitos sociais,

¹³¹ O papel desempenhado pela ONU, OIT e outras organizações internacionais com competência abrangente de direitos sociais e vocação universal será analisado no capítulo 3, item 3.2, desta pesquisa

¹³² Para um excelente estudo sobre as interações interpretativas em relação às normas internacionais de direitos humanos, ver, por todos, TURGIS, 2010, *Op. cit.*

¹³³ Todos esses instrumentos a animarem o desenvolvimento de uma hermenêutica jurídica específica para os direitos sociais, dentre outros que podem vir a ser identificados neste e em outros estudos, demandam pesquisas complementares, em busca de uma definição precisa das suas possibilidades de uso pelo intérprete, o que desborda os limites deste estudo, mas não afasta a relevância da afirmação da distinção entre tal hermenêutica e a dos direitos humanos em geral, cuja especificidade, por seu turno, em relação à hermenêutica jurídica geral, é defendida por autores importantes no campo. Conferir, por todos, PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Técnos, 2010. Tradução livre.

a Corte EDH implementou o uso da chamada *margem nacional de apreciação*, como método de interpretação dos direitos garantidos pelo SEDH, a qual permite à corte regional modular a sua interpretação segundo julgue a margem de liberdade estatal na configuração doméstica do direito ampla ou restrita, a variar conforme a espécie de direito envolvido, o momento histórico, e a jurisprudência comparada de outros sistemas jurídicos, sendo que, considerada ampla a margem, notadamente em casos envolvendo aspectos de direitos humanos que não são considerados integrantes de seu núcleo essencial, as formas de aplicação destes podem ser deixados para a livre apreciação de seu conteúdo e regulação pelos estados nacionais¹³⁴.

A Corte IDH, por seu turno, rejeita a aplicação expressa da margem nacional de apreciação, apostando na tentativa de uma padronização mais inflexível da aplicação das normas de proteção à pessoa humana, no contexto regional latino-americano, como um suposto vetor de impulsão da melhoria dos sistemas normativos internos dos Estados sob sua jurisdição, buscando uma maior efetividade desses direitos. Porém, isso pode ser apontado como uma possível causa do baixíssimo grau de cumprimento de suas decisões, gerando uma crise de legitimidade e credibilidade para o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Uso de mecanismos de aferição e indicadores sociais. O processo de adaptação da aplicação, ou seja, da interpretação e concretização dos direitos sociais ao seu caráter universal também passa pelo *uso de mecanismos de aferição de resultados na implementação*, já que cada Estado ou conjunto de Estados aplicará de forma diferente e gradual esses direitos, preferencialmente desde que mantido o núcleo essencial objeto de consenso, e de acordo com suas condições econômicas e financeiras também.

Isso ocorre porque a aferição do nível de efetividade dos direitos sociais só pode ser medida levando-se em conta um referencial prévio de nível de aplicação deste, ou seja, será sempre por comparação a um parâmetro pré-estabelecido, inclusive para se poder afirmar se houve avanço ou retrocesso no seu gozo por um determinado grupo social ou em relação à situação global de um Estado ou região isoladamente considerados.

Dentre esses mecanismos de aferição, destacam-se:

¹³⁴ Esta breve explicação sobre o uso do critério da margem nacional de apreciação como método de interpretação dos direitos garantidos no SEDH foi inspirada em nota de aulas proferidas pelo Professor Sebastián Touzé, na disciplina *Droit européen des droits de l'homme*, integrante do curso *Master 2 en Droit de l'homme et humanitaire*, da *Université de la Sorbonne Pantheon Assas – Paris II*, entre os meses de outubro de 2014 a janeiro de 2015.

(i) o *direito à informação* (como procedimento ou técnica indispensável à participação da sociedade civil organizada nesta tarefa);

(ii) o uso de *indicadores sociais qualitativos e quantitativos de resultados* (muito importantes e valorizados pela comunidade internacional, especialmente em organizações internacionais com vocação universal, mas ainda carentes de desenvolvimento e regulação); e

(iii) o *princípio da proporcionalidade como mecanismo de aferição de retrocesso social*, possibilitando aferir, por sua aplicação, se, no contexto da integralidade dos direitos sociais normatizados em um determinado sistema jurídico, vistos como um todo, houve o eventual recuo no gozo de algum direito, justificado (ou não) pela ampliação de gozo de outro direito social (sempre tendo em vista a limitação de recursos financeiros dos Estados)¹³⁵.

Formação de padrões de efetivação (standards internacionais). O uso desses mecanismos, em conjunto ou isoladamente, pode auxiliar o intérprete na tarefa de observação do grau de concretização e efetividade desses direitos, para a posterior identificação de padrões de cumprimento pelos Estados que, analisados em conjunto com os demais fatores envolvidos no contexto específico, pode gerar um *standard (internacional ou regional)* a servir de alvo, modelo, ou meta para os demais. Assim como também pode servir de instrumento para a detecção de descumprimento da expansão da garantia do núcleo essencial de algum direito, e da falta de justificativa (financeira, por exemplo) para tanto, com o objetivo de viabilizar a responsabilização internacional do Estado pela violação a direito social constatada.

Tendência à harmonização das normas internacionais pelo método comparativo. Toda essa gama de possibilidades normativas, interpretativas e de aplicação concretas que as tentativas de adaptação da noção de universalidade aos direitos sociais geram podem contribuir ao processo de construção dos direitos humanos em camadas, pela fertilização ou fecundação cruzada, ambas obtidas com a aplicação do método comparativo, nas diversas fases de elaboração da norma internacional de proteção aos direitos humanos, e, ainda, no trabalho de interpretação e aplicação dessas normas pelos órgãos de controle, sejam estes

¹³⁵ Ver, sobre o tema: GOTTI, 2012. *Op. cit.*, p. 185-299.

jurisdicionais ou não¹³⁶.

Desse modo, outros processos que resultam dessas adaptações são a desejável *harmonização das normas internacionais* sobre um mesmo tema afeto aos direitos humanos, o que não significa padronização ou uniformização, mas sim a busca de coerência (intra e extrassistêmica), ou seja, consistência e compatibilidade com os distintos sistemas jurídicos, sob pena de causar uma estagnação e até erosão desses sistemas, na hipótese de se chegar a um quadro de substancial inadequação ao contexto histórico, cultural e social onde serão aplicadas¹³⁷.

Na esteira dessa busca por expansão dos direitos sociais, outro resultado que vem chamando a atenção no plano internacional, como já destacamos, é o crescente *diálogo de juízes*, enquanto atores essenciais na troca de conhecimentos sobre os diversos *corpus* normativos, e na harmonização destes, fenômeno este muito presente nas decisões das mais variadas cortes ao tratar de direitos humano, utilizando-se de referências cruzadas, e revelando-se como tendência crescente na prática da jurisdição.

O resultado mais desejado e visível dessa necessária flexibilidade e criatividade na aplicação da universalidade dos direitos sociais e no uso dos mecanismos envolvidos nesse processo, contudo, será o *aprimoramento das políticas públicas* relacionadas ao incremento da efetividade dos direitos sociais, como um efeito direto do incremento do controle exercido pelos sistemas de proteção e da indispensável participação da sociedade civil nesse processo¹³⁸.

Isso porque a elaboração e implementação das políticas públicas é um processo complexo que terá proveito com o uso de mecanismos de aferição de resultados, em especial dos indicadores sociais, bem como a comparação com os *standards* e as melhores (e piores) práticas a serem detectadas, assim como também será beneficiado pela troca de informações promovida pela fertilização e fecundação cruzadas e o diálogo de juízes. É possível, ainda,

¹³⁶ Utilizamos, nesta análise, os conceitos desenvolvidos em tese de doutoramento de Sandrine Turgis, *Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne*, sobre as interações entre as normas internacionais relativas aos direitos da pessoa humana. TURGIS, 2010. *Op. cit.*, p.19-20. Tradução livre.

¹³⁷ Sobre esse processo de interação de normas e sistemas, Mireille Delmas-Marty classifica as possibilidades de interação em três categorias, que representam estágios subsequentes: *coordenação por entrecruzamentos*, depois *harmonização por aproximação*, e por fim *unificação por hibridação*. Todas categorias somente indicativas, e que não excluem as nuances de um processo a outro, facilitadas pela instabilidade das práticas. DELMAS-MARTY, Mireille, 2006. *Op. cit.*, p. 37. Tradução livre.

¹³⁸ Sobre o papel da sociedade civil na articulação de direitos humanos, e seu relacionamento com o sistema estatal e o sistema corporativo, conferir: GALTUNG, Johan. **Direitos humanos – uma nova perspectiva**. Tradução de Margarida Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 221-226.

sofrerem impacto de um provável incremento na responsabilização estatal por violação de direitos sociais, que pode surgir também do uso do método comparativo.

A universalidade dos direitos humanos, inclusive dos sociais, é característica que integra a essência da linguagem dos direitos humanos. Contudo, sua interpretação e aplicação está longe de ser possível sem o enfrentamento de inúmeras dificuldades teóricas e práticas e, por isso, muitas são as críticas a sua influência (ambígua e dissonante) nos diversos sistemas de proteção à pessoa humana.

Em relação aos direitos sociais, essas dificuldades são ainda maiores, tornando, assim, indispensável o manejo de adaptações e instrumentos inovadores, como a ideia de núcleo essencial, margem nacional de apreciação, uso de mecanismos de aferição de resultados, formação de padrões de efetivação (*standards*), a listagem das boas práticas a servirem de modelo, dentre outros. Esses processos, além de indispensáveis, tornam complexa a tarefa de promover a concretização dos direitos sociais, e geram outros efeitos, como a possibilidade de aprimoramento das políticas públicas relacionadas ao tema. Tudo isso a ressaltar a importância dos mecanismos de aferição de resultados e de apuração de violações cometidas pelos Estados para a concretização dos direitos sociais.

2.3 A IMPORTÂNCIA DOS MECANISMOS DE AFERIÇÃO DE RESULTADOS E DE APURAÇÃO DE VIOLAÇÕES COMETIDAS PELOS ESTADOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O tema escolhido como objeto desta etapa do estudo é relacionado aos fatores que podem impactar os obstáculos à aplicação e os baixos índices de concretização dos direitos sociais, verificados em extensas regiões do planeta¹³⁹, com uma análise sobre a importância, no âmbito do *direito internacional dos direitos humanos*, dos mecanismos de aferição de resultados e de apuração de violações cometidas pelos Estados, enquanto instrumentos que podem vir a alterar essa realidade, aumentando assim a correlação entre a teoria e a prática dos direitos humanos sociais.

O estudo parte da constatação de que, na maioria dos Estados, inclusive no Brasil, os

¹³⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 9.

direitos humanos sociais ainda não foram concretizados em sua plenitude, apesar do destaque que as legislações nacionais (inclusive em sede de textos constitucionais, geralmente ricos em garantias relacionadas ao gozo dos direitos sociais), as normas internacionais; as normas do direito comunitário, as normas dos sistemas regionais de proteção, dentre outras, e a comunidade jurídica internacional em geral, vêm atribuindo ao tema.

Também poucos são os parâmetros desenvolvidos ou mecanismos aceitos para a aferição de resultados na implementação desses direitos, seja no âmbito do sistema universal, sediado especialmente na *Organização das Nações Unidas*¹⁴⁰, ou nos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos^{141/142/143}, sem os quais não se pode verificar os níveis de inadimplemento ou o déficit de concretização de tais direitos pelos Estados, por falta de um parâmetro comparativo, nem tampouco viabilizar alguma forma de promoção eficiente desses direitos, ou, ainda, de responsabilização internacional de Estados violadores de direitos sociais, sempre a depender da constatação da violação¹⁴⁴.

¹⁴⁰ O sistema universal de proteção aos direitos humanos, abrigado em especial no âmbito da Organização das Nações Unidas, conquanto não dotado de órgãos jurisdicionais com competência para questões envolvendo diretamente violações a direitos humanos, é o mais extenso conjunto de mecanismos e instituições voltadas a esse fim. Sua atuação está centrada em órgãos de controle com caráter político, ou quase jurisdicionais (fundados, em grande parte, na apresentação de relatórios sobre o desenvolvimento dos direitos humanos nos Estados-membros, e a realização de perícias pelos especialistas em cada esfera de direitos para acompanhamento e proposição de medidas corretivas), evitando-se, por opção estrutural e ideológica, a criação de um mecanismo jurisdicional. Este sistema será melhor retratado no capítulo 3, item 3.2, desta pesquisa.

¹⁴¹ Os sistemas regionais de proteção de direitos humanos, atualmente em fase de expansão na Europa, América e África, sendo que este último ainda está sendo implementado, apresentam estruturas e procedimentos próprios, que serão melhor retratados no capítulo 3, item 3.3 e item 3.4 desta pesquisa, respectivamente.

¹⁴² Os dois sistemas distintos de normatização e proteção regional aos direitos humanos presentes na Europa são: o Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, instituído no âmbito do Conselho da Europa, com seu marco regulatório, estrutura e funcionamento específicos, do qual faz parte a Corte Europeia de Direitos Humanos; e, estabelecido no campo do direito comunitário, o sistema decorrente da atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, no âmbito mais restrito da União Europeia. A esses dois sistemas é acrescentada, no contexto europeu, a proteção conferida pelo direito doméstico dos Estados da região, compondo o chamado triângulo europeu de proteção aos direitos humanos. Estes sistemas serão melhor retratados no capítulo 3, item 3.3, desta pesquisa.

¹⁴³ O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, desenvolvido pela Organização dos Estados Americanos, tem a função de proteger os direitos humanos em geral, sejam estes direitos civis, políticos, econômicos, sociais, ou culturais, sempre na perspectiva da indivisibilidade dos direitos humanos, consistente no reconhecimento de que todos os direitos humanos devem ter a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna. O SIDH tem caráter duplo, pois pode ser concebido como um sistema geral, baseado na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, válido para todos os Estados membros da organização; e um sistema que abarca somente os Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos e inclui os procedimentos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH. Este sistema será retratado, com mais profundidade, no capítulo 3, item 3.4, desta pesquisa.

¹⁴⁴ O Estado responsável pela prática de um ato ilícito segundo o direito internacional deve ao Estado a que tenha causado dano uma reparação adequada. Com o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, e dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, foi desenvolvida a ideia de uma *responsabilidade internacional de Estados que violassem direitos humanos* de particulares (nacionais ou estrangeiros), quando assumido o compromisso de respeitá-los, mediante a adesão a tratados de promoção de direitos humanos. No

No plano internacional, os mecanismos políticos, ou judiciários de apuração das violações dos direitos humanos ditos, conforme a célebre classificação de Norberto Bobbio, já detalhada alhures, de *primeira geração* – civis e políticos – encontram guarida em diversos diplomas internacionais, e são muito frequentes os procedimentos judiciais (ou quase judiciais) para a apuração de suas violações, inclusive acessíveis aos indivíduos diretamente. Contudo, o mesmo não ocorre com os direitos sociais, econômicos e culturais – ditos de *segunda geração* – apesar de também serem amplamente consagrados em pactos internacionais que vinculam os Estados signatários, porém sendo dotados de mecanismos menos desenvolvidos de controle da sua aplicação pelos Estados^{145/146}.

Tal violação a direitos humanos de particulares por Estados, é bom ressaltar, pode dizer respeito tanto a um *ato concreto* praticado por agentes do Estado, como uma prisão arbitrária, execução sumária, desaparecimento forçado, dentre outros; como a um *ato omissivo*, como a não adoção, injustificadamente, de políticas públicas que garantam o incremento do acesso à saúde, educação, ou ao trabalho, por exemplo, e, assim, as omissões estatais são mais comuns em se tratando de direitos sociais, econômicos e culturais (o que decorre, em parte, do seu caráter predominantemente prestacional, a demandar ações positivas do Estado em relação aos particulares).

A noção de *responsabilidade internacional de Estados por violação de direitos humanos*, por seu turno, evoluiu da noção de *respeitar* tais direitos para, também, abranger as suas omissões em *fazer respeitar* tais direitos, ou seja, os Estados podem ser considerados responsáveis por permitirem que terceiros (outros Estados, empresas nacionais ou estrangeiras, e até indivíduos ou grupos sociais) violem direitos humanos de particulares (nacionais ou estrangeiros) em seu território, sem a devida resposta e combate estatal, o que é muito comumente verificado na prática de Estados em que a sua estrutura fiscalizatória é

campo dos direitos humanos, a responsabilização internacional dos Estados é, neste sentido, essencial para reafirmar a juridicidade deste conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da dignidade humana, como já destacamos alhures.

¹⁴⁵ Neste particular, observa-se a abrangência e extensão das normas que amparam o SIDH, inclusive como ampla regulação dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), como a Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA (1948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), o Pacto de San José da Costa Rica (1969), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (mais conhecido como *Protocolo de San Salvador*, do ano de 1988), e a Carta Social das Américas (2012).

¹⁴⁶ O principal diploma normativo do SIDH, ou seja, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Protocolo de San Salvador*), reflete a aceitação, no sistema interamericano, da dualidade de instrumentos já existente no sistema universal da ONU, dividindo os direitos humanos em civis e políticos, e direitos econômicos sociais e culturais.

débil¹⁴⁷.

Sem tal extensão, os direitos humanos, cuja oponibilidade restaria limitada aos Estados, jamais alcançariam sua finalidade de proporcionar o pleno desenvolvimento e garantia da dignidade da pessoa humana, pois seus violadores são variados e dispersos no corpo social, sendo o Estado e seus agentes apenas uma pequena parte deles, em potencial, talvez a que obtenha maior destaque, maior visibilidade, mas não a única. Assim, a problemática em torno do tema tem importância ímpar e repercussão social forte, sobretudo porque um dos maiores problemas da atualidade é, inegavelmente, tornar efetivo, concreto, e passível de apuração, a violação estatal do projeto de aplicação de patamares mínimos de sobrevivência e desenvolvimento humano, a nível global.

Isso porque, como dissemos logo no início, apesar da reconhecida proliferação de normas garantindo direitos sociais no plano internacional e em textos constitucionais, na prática, tais violações ocorrem com inaceitável frequência, por exemplo, em inúmeros Estados em todos os continentes, onde encontram-se situações de altos índices de acidentes de trabalho fatais, doenças relacionadas ao trabalho, escravidão ou trabalho em condições degradantes ou análogas à de escravo, analfabetismo, evasão escolar, desemprego em massa, dentre tantas outras mazelas sociais.

Não se pode deixar de reconhecer que os direitos civis e políticos ainda são, infelizmente, rotineira e sistematicamente violados, inclusive com a persistência de guerras e conflitos militares que, se não atingem as proporções já vistas nas duas grandes guerras mundiais, preocupam por sua permanência, ainda que em regiões mais limitadas do planeta, ao longo de décadas e décadas de conflitos, com saldo elevado de vítimas, dentre elas integrantes da população civil dessas regiões.

Contudo, podemos afirmar, sem receio de estarmos sendo *alarmistas*, que o déficit de concretização de direitos sociais atinge, indiscriminadamente, pessoas das mais diferentes faixas etárias e sociais, nas mais diversas regiões geográficas (inclusive em Estados centrais, apesar da situação ser ainda mais grave na periferia ou semi-periferia do sistema capitalista), estando elas inseridas ou não nos processos de produção de bens e serviços.

Ou seja, o problema não está limitado a zonas de conflito militar ou pessoas em

¹⁴⁷ Sobre o tema da responsabilidade internacional por omissão no combate a violações praticadas por terceiros, é emblemático, para o Brasil, o caso *José Pereira*. Neste caso, denunciada a violação de direitos humanos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Estado brasileiro reconheceu sua responsabilidade pelas deficiências no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo, do qual o autor, José Pereira, fora vítima no Estado do Pará.

situação de maior vulnerabilidade (como aquelas inseridas em algum sistema prisional), mas sim disperso em todo o tecido social, por falta de oferta de políticas públicas eficientes, bem como de um arcabouço jurídico (normas, garantias, instituições, e procedimentos) adequados que, juntos, possibilitem o efetivo gozo dos direitos sociais.

Partindo das premissas de que os direitos humanos orientam a defesa da dignidade da pessoa humana no âmbito de sociedades desiguais (no caso do Brasil, por exemplo, extremamente desigual); e que somente os direitos sociais podem garantir as condições mínimas de vida e sobrevivência (ou seja, a tão sonhada *igualdade material*), insistimos, não se pode deixar de reconhecer a importância do estudo de mecanismos que se mostrem seguros para a aferição de resultados na implementação dos direitos sociais.

Estes mecanismos devem ser suficientemente desenvolvidos pelos sistemas de proteção aos direitos humanos para que apontem os avanços e retrocessos; viabilizando, inclusive, a responsabilização dos Estados que violarem tais direitos. Tudo isso na tentativa de instrumentalizar, por meio do Direito, a tão sonhada aproximação da teoria e prática dos direitos humanos, especialmente dos sociais.

Consideramos que a linguagem dos direitos humanos, tomada em um determinado conjunto normativo em particular, representa uma abertura a outros sistemas e subsistemas de proteção de direitos humanos (numa visão do direito internacional como conjunto de subsistemas autônomos, mas permeados por uma base jurídica transversal comum, consubstanciada pelos princípios gerais do direito internacional)¹⁴⁸. Assim, vital é o reconhecimento da importância da necessidade de fixação, seja em sede de normas com força de lei, ou em acordos entre Estados, organismos internacionais ou outros agentes do direito internacional, de mecanismos de aferição de resultados e violações cometidas por Estados.

Os *mecanismos de aferição de resultados*, desde que proporcionem uma correta interpretação e aplicação das normas garantidoras dos direitos sociais pelos intérpretes, bem como a detecção, por meio de critérios objetivos, de uma eventual regressão no seu padrão de gozo, poderão permitir o avanço contínuo do seu árduo e descontínuo processo de concretização, especialmente em Estados governados com fortes restrições orçamentárias ou histórico de ineficiência de políticas públicas.

Nesta seara, podemos sintetizar o tema reafirmando que existem mecanismos de aferição de resultados na implementação dos direitos sociais. Dentre eles, destacam-se: o

¹⁴⁸ VARELLA, Marcelo D., 2012. *Op. cit.*, p. 453-454.

direito à informação; os indicadores qualitativos e quantitativos de resultados (muito importantes por possibilitarem um parâmetro de comparação do nível de concretização desses direitos); e o *princípio da proporcionalidade como mecanismo de aferição de retrocesso social*, possibilitando aferir se, no contexto da integralidade dos direitos sociais (vistos como um todo), o eventual recuo no gozo de algum direito é justificado pela ampliação de gozo de outro direito social (sempre tendo em vista a limitação de recursos financeiros dos Estados)¹⁴⁹.

Outro ponto nevrálgico para o processo de concretização dos direitos sociais é o crescente fenômeno de incremento na *responsabilização internacional de Estados violadores de direitos humanos*, a demandar o aperfeiçoamento dos mecanismos de constatação das violações a direitos humanos, inclusive pelo aperfeiçoamento dos mecanismos de aferição de resultados, e dos instrumentos jurídicos à disposição dos órgãos de controle.

Importante ressaltar, portanto, que a fundamentação jurídica para a responsabilização internacional do Estado violador dos direitos sociais tem como ponto de partida a indivisibilidade dos direitos humanos, que condiciona toda a comunidade internacional a tratar todas as espécies de direitos humanos com igual ênfase. Estas encontram-se pulverizadas em pactos internacionais, como, por exemplo, no *Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC* (apesar da patente ambiguidade da bipartição dos direitos humanos em dois pactos no sistema onusiano) e, no contexto interamericano, no *Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (mais conhecido como *Protocolo de San Salvador*), elaborado em 1988, e com adesão pelo Brasil ocorrida no ano de 1996.

Já no *Sistema Europeu de Direitos Humanos*, a base normativa é a *Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - CEDH*, assinada em Roma, em 04.11.1950, inicialmente por doze Estados europeus (dentre eles: Bélgica, Dinamarca, França, República Federal Alemã, Holanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Irlanda, Noruega, Turquia e Inglaterra). Trata-se, a rigor, de um tratado multilateral que tem por objetivo a regulação, em nível internacional, de relações jurídicas internas a cada um dos seus signatários, que aceitam restringir parcialmente suas soberanias

¹⁴⁹ GOTTI, 2012. *Op. cit.*, p. 185-317.

em consideração à importância da matéria tratada, qual seja a proteção aos direitos humanos de todos aqueles que ingressem em seus territórios¹⁵⁰.

Buscando a ampliação do rol de direitos humanos garantidos pelo SEDH, à CEDH (que pouco trata de direitos sociais, à exceção daqueles ditos *híbridos* ou *mistos*) foi acrescida a *Carta Social Europeia sobre direitos econômicos, sociais e culturais*, assinada em Turim em 18.10.1961, formando-se um abrangente sistema regional europeu de proteção, que se interconecta ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, bem como a vários sistemas nacionais, garantidos nos sistemas jurídicos internos, especialmente nas constituições dos estados europeus¹⁵¹.

Para garantir a efetividade dos direitos humanos, incluindo os sociais, elencados nesses conjuntos normativos, foram criados diversos mecanismos de apuração da responsabilidade internacional de Estados que os violem. Tais mecanismos – políticos ou judiciários - de apuração de violações de direitos humanos pelos Estados estão, assim, consagrados em diversos diplomas internacionais ou supranacionais, apresentando feições também diversas segundo a estratégia adotada.

Porém, existe um grave descompasso entre os mecanismos de apuração de violações de direitos humanos civis e políticos e violações de direitos sociais (praticamente limitado ao dever de apresentar relatórios periódicos, especialmente no sistema universal constituído na ONU). Estes últimos, mesmo em sistemas coletivos de proteção aos direitos humanos, ficam excluídos, devido à ampla aceitação do *princípio do desenvolvimento progressivo dos direitos sociais* (sempre estabelecidos como uma mera promessa de concretização futura e paulatina, quase uma exortação moral aos Estados, o que não ocorre com os direitos civis e políticos)¹⁵².

No sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos, por exemplo, constata-se uma omissão em reconhecer as violações a direitos sociais, ainda quando estes são diretamente apontados nos processos sob julgamento na *Corte Interamericana de Direitos*

¹⁵⁰ RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. **Da Comunidade internacional e do seu direito. Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 05-11.

¹⁵¹ RAMOS, 1996. *Op. cit.*, p. 05-06.

¹⁵² Os direitos sociais, econômicos e culturais, ainda para quem defenda um esforço superior de implementação deles, não deixam de possuir essa perspectiva evolutiva, representando um feixe de obrigações aos poderes públicos, que são inexoravelmente obrigados a empreender esforços no sentido de aumentar, continuamente, o grau de efetivação deles. Contudo, não podemos aceitar que essa evolutividade seja usada, sem reservas, como escudo para impedir a responsabilização internacional de Estados que não implementem os direitos sociais previstos em seus ordenamentos jurídicos, e também nos instrumentos internacionais dos quais sejam signatários, ao menos na medida em que os seus recursos financeiros permitirem.

Humanos como violados pelos Estados acusados¹⁵³, de modo que, ordinariamente, apenas quando existem grupos vulneráveis como vítimas é que os pedidos de condenações são deferidas e há o reconhecimento da responsabilização internacional por violação de direitos sociais¹⁵⁴. Essa omissão ocorre em prejuízo da repercussão jurídica e também simbólica que o reconhecimento da violação omitido poderia gerar no contexto da América do Sul, tão marcado por profundas e crescentes desigualdades sociais¹⁵⁵.

2.4 SÍNTESE CONCLUSIVA

Muitos são os desafios para o enfrentamento, do ponto de vista jurídico, da relevante questão dos baixos índices de concretização dos direitos sociais, nos planos local, nacional, supranacional e internacional. Para não se estender muito sobre o assunto, já abordado neste estudo, basta pensar no (ainda) crescente número de pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza, na existência de pessoas vivendo em condições análogas à de escravos, nas crianças exploradas em trabalhos penosos, grande parte delas em Estados que, como o Brasil, elegeram a dignidade da pessoa humana como base de seu ordenamento jurídico, e, ainda, como norte para o desenvolvimento de suas relações internacionais.

Tal incoerência, discrepância, descompasso, longe de desencorajar os defensores e estudiosos dos direitos humanos, pode ser visto como um terreno fértil para um convite à compreensão mais ampla sobre os direitos sociais como fenômeno jurídico que abriga uma complexa rede de interesses e conflitos sociais, políticos, culturais e jurídicos, especialmente numa perspectiva de globalização de sistemas de justiça, direitos humanos, formação e produção jurídicas.

¹⁵³ Apenas para exemplificar, citamos alguns casos de violações a direitos de trabalhadores analisados pelo SIDH, dentre eles casos em trâmite ou julgados pela Corte IDH, como os casos: *Baena Ricardo e outros contra o Panamá*, *caso Aguado Alfaro e outros contra o Peru*, *caso Abrill-Alosilla e outros contra o Peru*, e o *caso Acevedo-Jaramillo e outros contra Peru*. Também o *caso José Pereira contra a República Federativa do Brasil*, objeto de uma conciliação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos merece o destaque, dado a sua relevância na implementação de políticas públicas de combate ao trabalho escravo no Brasil.

¹⁵⁴ O tema será detalhado no capítulo 4, item 4.2., desta pesquisa.

¹⁵⁵ Nesse particular, temos de destacar que, a nosso sentir, a contribuição da jurisprudência da Corte IDH não é uniforme em relação às diferentes espécies de direitos humanos, sendo muito profícua em matéria de direitos denominados de primeira geração, ou negativos, ou representativos das liberdades clássicas (nestes incluídos o direito à liberdade de expressão), e também em relação ao direito à vida e à integridade física (em parte decorrente do elevado número de casos envolvendo violações de direitos humanos no contexto das ditaduras militares que devastaram vários Estados da região entre os anos 70 a 90).

Devido ao aprofundamento da globalização econômica e das crescentes desigualdades sociais, mostra-se presente uma necessidade de fixação de critérios de apuração de resultados amplamente aceitos, que possam instrumentalizar a construção de políticas públicas, a nível nacional e internacional, pelos organismos internacionais, garantidoras de uma crescente concretização de direitos sociais e, em paralelo, mecanismos para a responsabilização do Estado violador.

Assim, podemos afirmar que tornou-se indispensável e urgente o desenvolvimento e o aprimoramento de mecanismos capazes de contribuir para o diagnóstico, e a evolução prática da concretização dos direitos humanos sociais, numa perspectiva de valorização da dignidade da pessoa humana, e de desenvolvimento da cooperação e responsabilização internacional dos Estados (ainda incipiente no tema de direitos sociais, econômicos e culturais).

Para tanto, contudo, alguns questionamentos sobre as possibilidades de concretização dos direitos sociais precisam ser (re)pensados pela doutrina jurídica. Dentre eles, apenas como uma síntese das considerações finais extraídas desta etapa do estudo sobre o tema (sem nenhuma pretensão de esgotá-los), devemos refletir, em relação aos direitos sociais, sobre as obrigações dos Estados e o alcance de sua responsabilidade internacional. A premissa é a de que as obrigações dos Estados, em relação aos direitos sociais, compreendem tanto aqueles direitos previstos em seu ordenamento jurídico interno, quanto em pactos internacionais dos quais sejam signatários.

O alcance de sua responsabilidade internacional também depende de sua integração em organismos internacionais, porém, em regra, evita-se a declaração, em decisões proferidas por órgãos de controle, de responsabilização de um Estado específico por violações, em reflexo da adoção dos critérios da progressividade e adstrição à realidade (o que enfraquece a juridicidade desses direitos), além do pouco desenvolvimento de mecanismos de aferição a servirem para viabilizar o diagnóstico do gozo efetivo de direitos sociais, em comparação com os padrões internacionais.

Assim, a concretização dos direitos sociais fica quase restringida a uma obrigação moral dos Estados, a despeito de toda a extensão legislação sobre a matéria. E, atualmente, pouco é exigido dos Estados (à exceção, ainda que esta também mereça ressalvas, daqueles que integrem mecanismos regionais de proteção de direitos humanos, como o europeu e o interamericano), além da confecção e apresentação de relatórios aos organismos

internacionais, para demonstrar que esforços fizeram (se o fizeram) para o avanço do gozo de tais direitos e, em consequência, combate ao déficit social.

A conclusão à qual se pode filiar-se, analisando-se tais mecanismos ou formas de aplicação, é a de que as particularidades do regime jurídico dos direitos sociais, aliadas às dificuldades práticas para a sua concretização em níveis ideais, ou ao menos aceitáveis (por questões de índole política e social, limitações orçamentárias, ideologias sociais, diferenças culturais, dentre outras), apontam para a *incontornabilidade* do desenvolvimento de uma hermenêutica própria (ciente e comprometida com a promoção da efetividade dos direitos sociais).

Utilizando-se de outras palavras, parte da doutrina já preconiza, a partir de uma construção filosófica fenomenológica e valorizadora do ser, em que o novo padrão de racionalidade apresenta-se como o ser em sua mundanidade, em sua finitude, a possibilidade construtiva da compreensão do mundo, “(...) *a ofertar contributos para o reconhecimento de uma visão hermenêutica mais adequada às transformações sociais e especiais que seguem impactando neste novo século*”¹⁵⁶.

Por outro lado, esses fatores também indicam a tendência do estabelecimento de mecanismos de aferição de resultados e de apuração de violações cometidas pelos Estados, de modo a fomentar a responsabilização internacional, novamente para se garantir o avanço do processo de expansão dos direitos humanos sociais. Porém, ainda pouco se fez para que tais mecanismos sejam uma constante e uma realidade na supervisão e controle da aplicação das normas internacionais de direitos sociais, eis que as informações sobre a aferição de suas aplicações nem sempre são consolidadas em instrumentos transparentes e acessíveis ao grande público, aos destinatários destas normas. Os indicadores ainda estão pouco desenvolvidos, especialmente em outros sistemas diferentes do onusiano, onde nem sempre contam com a atenção necessária à sua implementação enquanto instrumento a serviço de mecanismos de controle.

Por fim, o *princípio da proibição ao retrocesso social* nem sempre é aplicado, ou é aplicado ambigualmente, o que suscita controvérsias quanto à sua prevalência nos casos em que é relevante para o julgamento, principalmente em tribunais domésticos, que poderiam fazer dele um importante instrumento de expansão dos direitos sociais, ao rejeitarem a

¹⁵⁶ MOREIRA, Nelson Camata. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 63.

redução do nível de proteção ou gozo já garantido em um sistema jurídico nacional¹⁵⁷.

Atuando como coadjuvantes dos tribunais domésticos, os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, seja o universal ou os regionais, tem importantíssimo papel no aperfeiçoamento desses mecanismos, por agregarem os esforços de diversos agentes da comunidade internacional, influenciando os primeiros, em sua atuação paralela ou subsidiária, a reconhecerem sua utilidade. Esta pluralidade de sistemas, atuando em uma verdadeira rede de sistemas de proteção aos direitos humanos, está em pleno desenvolvimento, e conta com intrincados conjuntos normativos e originais arranjos institucionais, na tentativa de cumprir as missões que inspiraram suas criações.

¹⁵⁷ Sobre os direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social, no plano doméstico, Dilmanoel de Araújo Soares conclui que: *“Com respeito à temática da proibição de retrocesso, sustentou-se a tese de um princípio implícito, decorrente do princípio da democracia econômica e social, no sentido de vincular positivamente o administrador e o legislador, para adoção das medidas necessárias para a efetiva realização progressiva dos preceitos constitucionais, bem como para impedir a supressão, pura e simples, sem medida substitutiva, das normas necessárias à concretização dos direitos fundamentais sociais”*. SOARES, Dilmanoel de Araújo Soares. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 249.

3 OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO E CONTROLE DOS DIREITOS SOCIAIS

Correspondentemente à diversidade de sistemas normativos que prevêm normas garantidoras de direitos sociais, foram estabelecidos, no âmbito das organizações internacionais que os abrigam, sistemas de proteção e controle da aplicação de tais normas pelos Estados membros delas integrantes. Com maior ou menor grau de influência sobre o contexto em que atuam, a depender dos mecanismos jurídicos de que dispõem, os sistemas de proteção impactam não apenas os agentes da comunidade internacional submetidos ao seu controle, como também os demais agentes que com estes interagem de alguma forma.

Dentre os sistemas de proteção, merecem destaque, em se tratando de direitos humanos sociais, por sua relevante normatização e atuação contínua na supervisão e controle da aplicação de suas normas, o *sistema regional*, aqui empregado como uma síntese classificatória dos vários sistemas de proteção aos direitos humanos instituídos em organizações internacionais com mandatos regionais, representativos da tendência à *regionalização da proteção dos direitos humanos*; e o *sistema universal* de proteção, composto por organizações internacionais com vocação a receberem adesão de todos os Estados existentes.

Nesta ordem de ideias, pode-se afirmar que existe um *direito internacional social*, cada vez mais complexo, a reunir fontes internacionais e transnacionais sobre direitos sociais, econômicos e culturais, a tratar de uma variedade de temas e espécies de direitos, conforme o sistema jurídico em análise, e também diversificados sistemas de proteção e controle da aplicação destas normas.

3.1 O DIREITO INTERNACIONAL SOCIAL E OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO

Os sistemas de proteção aos direitos humanos integram a própria lógica do *direito internacional social* que, além de visar a uma regulação internacional de matérias afetas à proteção social, em sentido amplo, estabelece instrumentos jurídicos que proporcionam a supervisão e o controle de sua aplicação em um determinado contexto.

Tradicionalmente, o direito internacional público (DIP) foi definido como o ramo do Direito a reger as relações interestatais. Porém, o desenvolver do denso conjunto normativo dele integrante, bem como das relações internacionais e a ampliação da agenda internacional, trouxe muitas outras espécies de relações ao seu bojo, a ponto de, no que diz respeito diretamente aos direitos humanos, o DIP passar a reger as relações entre os Estados e seus cidadãos ou estrangeiros sob sua jurisdição, e ainda suas relações interindividuais (por aplicação horizontal dos direitos fundamentais). Tudo isso a partir do momento em os direitos humanos foram positivados nos sistemas jurídicos domésticos, e a eles foram acrescidas garantias de seu gozo.

Nesse contexto, o DIP passou a ser identificado menos pela regência de relações interestatais, e mais pela referência à particularidade de ter fontes que podem ser denominadas de *internacionais*, das quais o exemplo mais típico é o *tratado*. As fontes de DIP, contudo, não deixam de incluir outros instrumentos normativos, inclusive aqueles denominados de *soft law* em alusão à sua fragilidade coercitiva (ou falta de coercibilidade), como são as recomendações emitidas por órgãos de controle (muito importantes no âmbito do DIDH)¹⁵⁸, e ainda fontes *transnacionais*, quando originadas de entidades privadas.

Dentre as fontes de DIP originadas da atuação de entidades privadas, fazem bom exemplo as convenções coletivas de trabalho que se destinam a regular relações de trabalho de categorias de trabalhadores em espaços geográficos que extrapolam os limites de um Estado, comuns especialmente na União Europeia, mas não apenas nesta, a desafiar as soluções jurídicas tradicionalmente concebidas, seja pelos sistemas jurídicos nacionais, seja pelo sistema internacional.

Na sequência a um processo, ainda em desenvolvimento, de uma governança compartilhada entre Estados, entidades privadas e cidadãos, onde os destinatários das normas participam em sua elaboração e interpretação, a sociedade civil renova-se e manifesta-se em soluções alternativas ao direito tradicional e sancionador, de modo que o poder de reger as relações sociais passa a ser compartilhado entre governantes e governados, a demandar a construção de um Direito cada vez mais complexo e aberto ao diálogo social¹⁵⁹.

¹⁵⁸ São exemplos de importantes instrumentos de *soft law* no direito internacional social: A Declaração de princípios tripartite sobre as empresas multinacionais e a política social, de 1977, revisada em 2000, a Declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização equitativa, de 2008, o Pacto mundial pelo emprego, adotado pela OIT em 2009, o Pacto Mundial, lançado pela ONU em 2000 (Global compact), e os Princípios diretores da OCDE para as empresas multinacionais, de 1976 e revisado em 2001 e 2011.

¹⁵⁹ Para um estudo sobre a participação da sociedade privada na reconstrução do Direito do período pós-globalização, ver: ARNAUD, André-Jean. **Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières.**

Convém ressaltar, por oportuno, que as normas de direito internacional social que são constituídas por fontes transnacionais e, portanto, originadas da atuação de entidades privadas¹⁶⁰, como organizações não governamentais (ONGs), empresas multinacionais, grupo ou associações delas, fundações de índole científica ou beneficentes, associações sem fins lucrativos, sindicatos, dentre muitas outras, representam parte cada vez mais relevante dos sistemas de proteção aos direitos humanos. Muitas dentre essas normas, inclusive, são dotadas de plena coercibilidade como, por exemplo, os regulamentos de empresas multinacionais, que aderem aos contratos de trabalho de seus empregados com força vinculante¹⁶¹.

Outras normas produzidas por entidades privadas em matéria de direitos sociais, principalmente de índole trabalhista, contudo, enquadram-se no que se pode chamar de *soft law*, por não contarem com mecanismos de coerção ou que garantam sua exigibilidade, ou, ainda, tomando a forma do que podemos sintetizar como *etiquetas* ou *selos sociais*^{162/163}. Estes nada mais são que um mecanismo de identificação, conferido por alguma associação de agentes oriundos da sociedade civil¹⁶⁴, e voltado para ampliar a informação disponível sobre o cumprimento ou descumprimento das normas sociais por empresas a ela associadas ou não.

A ploriferação de normas de índole protetora com iniciativa de origem privada (ameaçando a preponderância das organizações internacionais, como estas já o fizeram, em momento anterior, em relação aos Estados) tem gerado, inclusive, avanços na noção de

Entre mondialisation et post-mondialisation. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2003. Tradução livre.

¹⁶⁰ Para o estudo da participação das entidades privadas na elaboração do direito internacional social, e sua atuação na prática e controle desses direitos, inclusive em colaboração e cooperação técnica com as entidades públicas, conferir: THOUVENIN, Jean Marc. E TREBILCOCK, Anne (orgs.), 2013. *Op. cit.*, p. 497-518 e 826-833. Tradução livre.

¹⁶¹ Também tornou-se comum e merece destaque a prática de empresas multinacionais adotarem, como texto de orientação para aqueles que integram, direta ou indiretamente, sua estrutura, os *códigos de conduta*, muitos deles com extensas referências à necessidade de respeito aos direitos humanos como um todo, e aos direitos sociais em particular.

¹⁶² Como exemplo da iniciativa de *etiquetagem social*, podemos citar a iniciativa de conferir um selo de informação quanto ao não uso de trabalho forçado ou degradante na cadeia de produção industrial, muito comum no setor de confecção de roupas e acessórios, dentre outros.

¹⁶³ Um bom exemplo dessa tendência é o organização não-governamental *Ethique sur l'etiquette*, cujo trabalho na prevenção a violações aos direitos sociais pela indústria têxtil pode ser conferido no *website*: www.ethique-sur-etiquette.org. Consulta realizada em 07 de fevereiro de 2015.

¹⁶⁴ “As relações jurídicas de controle criam novas figuras e formas de responsabilização independentes do Estado. Os prejuízos sofridos pela quebra de valores da própria rede por um ator ou grupo de atores passam a ser concebidos como um prejuízo de conjunto, uma vez que os objetivos dos atores estão centrados na própria manutenção e expansão da rede. Os sistemas de punição, agora privados, consistem na exclusão de atores ou conjunto de atores que se mostram contrários aos objetivos coletivos ou apenas para a consecução ótima dos resultados pretendidos.” ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. **A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa.** Revista de direito internacional. Vol. 11, n. 1, 2014, p. 117-133.

responsabilidade social das empresas, outras instituições privadas, e indivíduos, entendida como a obrigação de estruturar as relações privadas e os mecanismos de produção e interação social de modo a possibilitar (ou, ao menos, não retardar) o atingimento por todos de condições de vida satisfatórias¹⁶⁵.

Essa tendência faz-se sentir, paralelamente, pela elaboração de instrumentos internacionais sobre direitos humanos sociais destinados às empresas multinacionais, como os *Princípios Diretores da Organização de Comércio e Desenvolvimento Econômico (OCDE)*, inclusive com a previsão de um mecanismo não obrigatório de solução de controvérsias por intermédio dos denominados *Contact Points* e acessível, inclusive, a particulares ou instituições prejudicadas por tais empresas. Também é exemplo desta linha de atuação o *Pacto Mundial*, instituído pela ONU em 1999, e seus dez princípios fundamentais a serem respeitados pelas empresas e demais aderentes, todos em referência a direitos humanos, inclusive sociais.

Tais normas, de origem pública ou privada, tem vocação a regular, a garantir direitos que podem ser identificados pela etiqueta sintetizadora de *sociais*, por terem em comum a nota de visarem a uma melhoria nas condições de vida dos indivíduos menos favorecidos socialmente. Isto possibilita a existência de um *direito internacional social* (ao lado de outros sub-ramos do DIP aglutinadores de normas com objetos específicos, como o *direito internacional penal*, o *direito internacional ambiental*, ou o *direito internacional econômico*, por exemplo), embora não seja fácil ou até mesmo viável, buscar a elaboração de uma lista taxativa de espécies de direitos incluídas nessa noção, ou dos temas a que se referem, em especial por se tratar de direitos esparsos em uma pluralidade de sistemas jurídicos.

Tal dificuldade deve-se ainda a estes sistemas encontrarem-se em franca expansão, cada um a eleger seus temas, ditos *sociais* (podendo esta categoria genérica ser fragmentada também em econômicos, sociais em sentido estrito e culturais), privilegiados em sua normatividade, bem como as espécies de direitos que mais convém a seus destinatários, em uma variabilidade que pode ser bastante relevante para a configuração dos sistemas.

Tradicionalmente definidos como relativos ao âmbito do *direito do trabalho* e *direito*

¹⁶⁵ As normas de direito internacional social oriundas da atuação de entidades privadas, seus mecanismos de controle, bem como o desenvolvimento da denominada responsabilidade social de empresas, entidades privadas e indivíduos pela busca da justiça distributiva é tema relevante e ainda pouco explorado em pesquisas científicas. Porém, devido aos limites e objetivos específicos deste trabalho, o tema não será diretamente abordado, e este capítulo será dedicado ao estudo das normas dos principais sistemas de proteção de origem pública, ou seja, gerados por iniciativa e dependentes da participação estatal.

à *proteção social*, o rol de espécies de direitos sociais foi sendo e continua a ser progressivamente ampliado, de modo que, no sistema de proteção aos DESC instituído pelo PIDESC, por exemplo, o elenco inclui: o direito ao trabalho, o direito a condições justas e favoráveis de trabalho, o direito à filiação e criação de sindicatos, o direito à seguridade social, o direito à proteção da família, o direito a um nível de vida suficiente, compreendendo o direito de acesso a alimentação, a vestimenta e a moradia, o direito à saúde, o direito à educação, e o direito à cultura¹⁶⁶.

No âmbito do SEDH, instituído pelo Conselho da Europa, as espécies de direitos sociais garantidas pela CEDH, de maneira muito restritiva, são: o direito à liberdade sindical, como abrangido pelo direito à liberdade de associação, a proibição de trabalho forçado e obrigatório,¹⁶⁷ e o direito à educação¹⁶⁸. A estas são adicionadas aquelas descritas na *Carta Social Europeia*, que também integram o sistema, apesar de não contarem com a judiciabilidade formalmente atribuída às espécies previstas na CEDH, submetidas ao controle da aplicação pela Corte EDH¹⁶⁹.

Por seu turno, a CADH, conjuntamente com o *Protocolo de San Salvador* de 1988, garantem normativamente aos homens e mulheres protegidos pelo SIDH o direito ao desenvolvimento progressivo dos direitos sociais¹⁷⁰, os direitos garantidos no PIDESC e, ainda, o direito a um ambiente salubre e o direito à proteção especial para as pessoas idosas e as com algum tipo de deficiência, física ou mental¹⁷¹, o que demonstra a predisposição, ainda que na esfera normativa, deste sistema regional à proteção e garantia de direitos sociais.

Além da farta normatização dos direitos sociais, esses sistemas em rede também estabelecem, em variados graus de profundidade, mecanismos de supervisão e controle, baseados na noção de *obrigação internacional* oriunda do tradicional DIP. A esta noção foi acrescida a nota, particular aos direitos humanos, de repartição desta em obrigação de: *respeitar* tais direitos, ao abster-se de ações que os violem, de *proteger*, ao impedir que

¹⁶⁶ PIDESC. Artigos 6 a 13 e 15, respectivamente.

¹⁶⁷ CEDH. Artigos 4 e 11, respectivamente.

¹⁶⁸ Protocolo n. 1 à CEDH. Artigo 2.

¹⁶⁹ O tema da judiciabilidade dos direitos sociais no direito convencional europeu será abordado preliminarmente ao estudo das linhas gerais da jurisprudência da Corte EDH em matéria de direitos sociais, no capítulo 4, item 4.1, desta pesquisa.

¹⁷⁰ Artigo 26 da CADH: “*Desenvolvimento Progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou outros meios apropriados*”.

¹⁷¹ *Protocolo de San Salvador*. Artigos 11, 17 e 18, respectivamente.

terceiros os violem, e de *realizar*, ao tomar as medidas positivas adequadas à sua realização, ou seja, ao fornecer os meios para um exercício efetivo desses direitos por seus titulares, mormente por meio de políticas públicas aptas a concretizarem as disposições normativas no campo.

Importante frisar que tal abordagem possibilita a aplicação do conjunto normativo integrante do *direito internacional social* a fim de contestar uma política pública de um determinado Estado, inclusive adotada em legislação ou outra norma de caráter geral, à medida que esta não favoreça o respeito, a proteção, ou a realização dos direitos sociais, uma vez que o descumprimento desta obrigação gera a *responsabilidade internacional estatal* e as consequências jurídicas dela derivadas, conforme o sistema jurídico considerado.

Esta aceção, contudo, não deixa de gerar controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, à medida em que o quantitativo de casos envolvendo a violação a direitos sociais por políticas públicas falhas ou inexistentes cresce em cortes internacionais e nacionais, pois alguns nela vêem um risco de judicialização ilegítima da atividade administrativa, com o Direito substituindo (ainda que parcialmente) a discricionariedade administrativa e as escolhas políticas, necessariamente presentes nas políticas públicas.

O debate está apenas em seu começo, e reflete, em parte, a permanência, no meio jurídico, de visões contrárias à natureza jurídica dos direitos sociais, que seriam meramente normas programáticas, virtuais, compromissos morais dos Estados, não universalizáveis, nem tampouco exigíveis por meio de recurso ao judiciário e, assim, destituídas de *judiciabilidade*, que gradualmente vem sendo superada pela doutrina e jurisprudência dos direitos sociais¹⁷². Outros, assim, reconhecem, com acerto, que o fato de uma violação a direito positivo a uma prestação social não adquirir, em uma ação judicial, densidade e alcance análogos às de um direito negativo de liberdade, não autoriza extrapolar para a conclusão de uma ausência de judiciabilidade dos direitos sociais e a impossibilidade de sua jusfundamentação¹⁷³.

O instrumento jurídico que vai possibilitar balizar a aplicação do *corpus* normativo de direitos humanos é o *mecanismo de supervisão e controle*, instituído no quadro institucional dessas organizações internacionais, que pode ter *caráter jurídico*, seja um mecanismo jurisdicional ou não jurisdicional, ou *caráter político*, no qual a interação entre os

¹⁷² Para um estudo abrangente sobre a judiciabilidade dos direitos sociais, conferir, NIVARD, Carole. **La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen**. Bruxelas: Éditions Bruylant, 2012. Tradução livre.

¹⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 129.

Estados pela *técnica do diálogo* e a soma de esforços para o atingimento de interesses comuns favorecem a expansão dos direitos sociais.

Contudo, a técnica do diálogo está ainda mais sujeita à influência de fatores da vida social, política e econômica dos Estados, a desprestigiarem a expansão das normas do direito internacional social, cujo exemplo mais evidente é o uso político da alegada escassez de recursos como justificativa para a inadequação ou ausência de políticas públicas neste setor, raramente acompanhada de dados objetivos a comprovarem a escassez, ou a ausência de regressão no estágio ou nível global de gozo de direitos sociais.

Cabe observar a distinção entre a *supervisão* e o *controle* da aplicação das normas internacionais de direitos humanos, pois a *supervisão* envolve o acompanhamento da aplicação dessas normas pelos Estados dela signatários (ou até mesmo por entidades privadas, como multinacionais, se for o caso), com o uso de alguns instrumentos jurídicos. Dentre eles, destacam-se, por seu uso reiterado em variados sistemas, concomitantemente a outras atividades voltadas ao acompanhamento, ao monitoramento dos resultados práticos da normatização:

- (i) a elaboração e o uso de indicadores quantitativos e qualitativos sobre o nível de efetividade dos direitos sociais;
- (ii) o desenvolvimento de estudos sobre aplicação dessas normas;
- (iii) a organização de publicações, eventos e ações que proporcionem sua divulgação e sensibilizem os signatários a cumpri-la.

O *controle* da aplicação das normas internacionais de direitos humanos, por seu turno, é uma etapa subsequente à supervisão, e dela dependente, porém nem sempre presente, na qual o órgão de controle exerce atividades voltadas à constatação de eventuais violações às normas de textos jurídicos sob sua competência material, por meio de instrumentos variados, dentre os quais citamos:

- (i) o recebimento de relatórios dos Estados descrevendo as ações realizadas para o cumprimento da norma, ou relatórios e informações oriundas de entidades da sociedade civil organizada;
- (ii) a realização de audiências para analisar o conteúdo desses relatórios (públicas ou

não);

(iii) a realização de inspeções e elaboração de relatórios por peritos ou grupos de trabalho independentes;

(iv) a elaboração de recomendações aos signatários (ou a apenas parte deles) sobre o cumprimento da norma, e

(v) o recebimento de denúncias de violações a serem analisadas por grupos de trabalho ou até mesmo por juízes integrantes de cortes internacionais.

No último caso, o controle pode envolver, inclusive, a imposição de sanções aos Estados pelas violações apuradas nas decisões das cortes internacionais, cujas execuções é tema de grande complexidade e ponto nevrálgico para a estruturação dos sistemas de proteção, por contribuírem muito para a sua configuração¹⁷⁴. Isso deve-se ao fato de que o descumprimento das decisões proferidas por cortes internacionais com mandatos de proteção aos direitos humanos, as quais não dispõem de meios de execução direta dessas decisões, põe em risco a própria legitimidade dos sistemas.

A gama de possibilidades práticas para a efetivação do controle, portanto, é bastante ampla, especialmente porque ordinariamente opera-se uma combinação dentre esses instrumentos e, assim, cada sistema de proteção e controle selecionará, segundo seus objetivos, estratégias e níveis de interações estatais, os mecanismos que melhor lhes convêm. Em síntese, estes mecanismos podem variar bastante, indo desde e a simples coleta de dados sobre a situação da aplicação dos direitos sociais, a geração de indicadores sociais, a elaboração de uma espécie de graduação ou lista de Países conforme o nível de cumprimento (ou não) das obrigações assumidas, até a instituição de cortes internacionais ou supranacionais com competência para julgar casos de violações e impor eventuais condenações aos Estados.

Desse modo, a obrigação estatal, em relação aos direitos humanos, inclusive dos sociais, é objeto da supervisão e controle por mais de um órgão, dentro do mesmo sistema (o qual pode ter, por exemplo, um órgão de controle não jurisdicional, como um conselho, e

¹⁷⁴ Sobre a constituição e efetivação de um sistema de garantia dos direitos humanos, José Ricardo Cunha e Nadine Borges, apontam que se trata de um caminho para a reconstrução do estado de direito, implicando, necessariamente, os seguintes processos: “(...) adesão, ainda que crítica, à gramática dos direitos humanos; conhecer e concordar com a proposta dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos (direito internacional dos direitos humanos); um Poder Judiciário atento e compromissado com a intenção moral e jurídica do sistema de garantia dos direitos humanos; uma sociedade civil independente e proativa que utilize e fortaleça esse sistema de garantia dos direitos humanos”. CUNHA, José Ricardo, e BORGES, Nadine. **Direitos humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão**. In: CUNHA, José Ricardo (org.). **Direitos humanos, Poder judiciário e sociedade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 227.

outro jurisdicional, como uma corte composta por juízes imparciais e independentes), ou em diferentes sistemas, e também por diferentes mecanismos. Esta multiplicidade de órgãos de controle traz á luz a questão da necessária coerência e harmonização das suas atuações, inclusive com importantes reflexos para questões correlatas, como a aplicação do princípio do *non bis in idem*, ou da litispendência processual.

Ao lado de sistemas regionais de proteção e controle de direitos humanos, e em regime de cooperação, um sistema dito *universal*, por congregar organizações internacionais imbuídas da defesa dos direitos humanos e com vocação a obterem a adesão de todos os Estados existentes.

3.2 O SISTEMA UNIVERSAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS

O significado tradicional do adjetivo *universal* pode ser tomado como a visão grandiosa por excelência, que abrange tudo o que existe, assim extrapolando os limites do planeta Terra para referir-se a todo o Universo. Contudo, no sentido que usaremos neste estudo, delimitado pelo *direito internacional público*, ele é aplicável ao sistema jurídico gerado pela atuação de organizações internacionais que, estando abertas a todos, visam à adesão potencial de todos os Estados, para tratar de questões também de interesse global, a qual, atualmente, é melhor representada pela Organização das Nações Unidas¹⁷⁵.

Em geral, as organizações internacionais com vocação universal possuem mandatos específicos, para atuar em setores bem delimitados, apesar destes poderem ser amplos, o que não se aplica, contudo, ao caso da ONU, cujo campo de atuação e objetivos gerais, coincidentes com a manutenção da paz entre os Estados e o desenvolvimento global das sociedades humanas¹⁷⁶, não são compatíveis com uma delimitação temática ou material específica, e geraram a elaboração, em seu âmbito, de um número considerável de convenções internacionais sobre variados temas, inclusive sobre os direitos sociais.

Por questões metodológicas, também reuniremos neste capítulo da pesquisa algumas

¹⁷⁵ SOREL, Jean-Marc. **De l'objet au sujet universel en droit international : la quête de l'impossible?** In: KOUBI, Geneviève. JOUANJAN, Olivier (orgs.). **Sujets et objets universels en droit**. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, p. 143. Tradução livre.

¹⁷⁶ A missão e os objetivos da ONU estão descritos na *Carta das Nações Unidas*.

considerações introdutórias sobre outras organizações internacionais com vocação universal em matéria de direitos sociais, como a OIT, pioneira no campo, a UNESCO, e a OMS. O objetivo central é esboçar um panorama satisfatoriamente abrangente das entidades de DIP a atuarem a nível global, ou com pretensões de, embora com variados graus de efetividade, na difusão de *standards* internacionais de direitos sociais e, conseqüentemente, na missão de expansão harmônica desses direitos para além das fronteiras nacionais e regionais.

Tal missão, antes confinada à vontade estatal e sua transformação em ações ou textos jurídicos bilaterais ou multinacionais, passou cada vez mais a ser compartilhada com as organizações internacionais, em um processo de *desvalorização do voluntarismo estatal*. Os Estados também podem consentir que a interpretação das normas de *direito internacional social* que os obrigam, bem como o sua supervisão e controle, estejam incluídos no âmbito de competência dessas organizações internacionais.

Os mecanismos de supervisão e controle da aplicação das normas geradas no âmbito de tais organizações, porventura existentes, demandam um esforço de sistematização e análise, sempre com o viés comparativo em relação àqueles previstos para os direitos civis e políticos, bem como a crítica no que tange a sua potencialidade de garantia de expansão harmônica, missão esta consagrada desde as primeiras iniciativas de normatização de um direito internacional social, no começo do século XX, nas primeiras convenções internacionais relativas ao trabalho da OIT.

3.2.1 A Organização Internacional do Trabalho (OIT)

O século XIX foi progressivamente sendo palco da origem e difusão da ideia de um *direito internacional social*, de uma normatização que garantisse melhores condições de vida aos trabalhadores, condenados como se encontravam à mais completa exploração e destruição de sua saúde física e mental¹⁷⁷, ao mesmo tempo em que garantiria, por outro lado, a

¹⁷⁷ Essa visão de desprezo ao valor do trabalho tem origens remotas, como destaca Hannah Arendt, citando J.P. Vernant: “O desprezo pela atividade do trabalho, originalmente oriundo de uma apaixonada luta pela libertação da necessidade e de uma impaciência não menos apaixonada com todo esforço que não deixasse vestígio, monumento ou grande obra digna de ser lembrada, generalizou-se na medida das crescentes exigências do tempo dos cidadãos pela vida na pólis e sua insistência na abstenção (...) de toda atividade que não fosse política, até estender-se a tudo quanto exigisse esforço. O costume político anterior, que precedeu o pleno desenvolvimento da cidade-Estado, meramente distinguia entre escravos – inimigos vencidos (...) que

manutenção da paz social e evitaria prejuízos aos Estados que adotassem uma legislação social mais protetora, devido à forte concorrência entre os Países capitalistas industrializados, por pensadores, não por acaso, oriundos da elite industrial e intelectual europeia.

Dentre eles, destacaram-se nomes como os de Robert Owen, Charles Hindley, Louis-René Villermé, Adolphe Blanqui, Daniel Legrand e Edouard Ducpetiaux. A este último coube, inclusive, a iniciativa pioneira de sugerir a mobilização conjunta pelo estabelecimento de uma organização internacional encarregada da criação de normas internacionais de trabalho, em sua obra intitulada *De la condition physique et morale des jeunes ouvriers et des moyens de l'améliorer*, publicada em 1843¹⁷⁸.

Todos estes pioneiros do direito internacional social defendiam reformas na legislação que minorassem as péssimas condições de trabalho, especialmente a limitação da jornada de trabalho, o estabelecimento de um limite mínimo de idade para o trabalho (que começava entre seis e sete anos à época), o banimento de punições com castigos corporais, dentre outros tantos (novos) direitos, e tinham como ponto comum em seus ideais a necessidade da adoção de regras sobre direito do trabalho e proteção social a nível nacional e internacional.

Tais ideias, a princípio refutadas no campo político, devido à grande influência do liberalismo econômico, foi aos poucos popularizando-se na segunda metade do século XIX, com ajuda das recém-surgidas ideias socialistas, até que a Suíça toma, em 1881, a dianteira da defesa do ideal de elaboração de convenções internacionais de trabalho, culminando com a realização da *Conferência de Berlin*, em 1890, ocasião na qual os mais importantes Estados industriais reuniram-se, pela primeira vez de maneira oficial, com a pauta de elaboração conjunta de normas destinadas à melhoria das condições de vida dos trabalhadores¹⁷⁹.

Nesse momento incide, completa e explícita as fases anteriores do desenvolvimento do direito social, o movimento intelectual e a luta para alcançar o sufrágio universal e o direito de associação, configurando uma etapa de transição entre a concepção clássica dos direitos e a criação dos direitos sociais. Estes serão, então, listados e desenvolvidos no século XX, em um processo frenético de normatização, inicialmente com a adoção de convenções

eram levados para a casa do vencedor juntamente com outros despojos de guerra e lá, com os moradores da casa (...), trabalhavam como escravos para prover o próprio sustento e o dos seus senhores, e (...), os operários do povo em geral, que tinham liberdade de movimento fora do domínio privado e dentro do domínio público". ARENDT, Hannah. A condição humana. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 99-100.

¹⁷⁸ THOUVENIN, Jean-Marc e TREBILCOCK, Anne (orgs.). *Op. cit.*, p. 34-38. Tradução livre.

¹⁷⁹ *idem*, p. 34-39. Tradução livre.

internacionais a regularem temas específicos e pontuais sobre as condições de trabalho e, algum tempo depois, com a criação da *Organização Internacional do Trabalho*, em 1919, após o final da I Guerra Mundial.

As origens históricas da OIT podem ser identificadas na criação da *Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores (AILPT)*, pelos Estados industriais europeus preocupados em estabelecer normas internacionais de trabalho, na cidade de Paris, em 1900, e oficializada em Bali, em 1901, reunindo uma grande variedade de pensadores adeptos desse ideal. O primeiro êxito da AILPT foi a aproximação de Estados que firmaram tratados bilaterais sobre proteção de trabalhadores inspirados nos trabalhos da associação, seguido da adoção, por ocasião da *Conferência de Berna*, em 1905 e 1906, de duas convenções internacionais relativas à proibição de trabalho industrial noturno às mulheres e do uso do fósforo branco na indústria de velas.

A conferência seguinte, prevista para 1913, foi interrompida pela I Guerra Mundial, e os trabalhos só foram retomados ao seu final, com a criação da OIT, no ano de 1919, que ainda hoje é apontada como organização internacional mais bem sucedida em termos de normatização internacional e formação de *standards* internacionais de direitos humanos. Este notável progresso é notado não somente em relação ao elevado número de convenções por seu intermédio geradas, como também ao de adesões que ordinariamente contam e, ainda, à sua influência em sistemas jurídicos nacionais, que frequentemente reproduzem os padrões estabelecidos nestas convenções, ou neles inspiram-se para configurar seus ordenamentos domésticos.

O êxito inicial da OIT, que pode ser aferido pela expressiva quantidade de convenções aprovadas logo em seus primeiros anos de atuação, pode ser explicado pelas iniciativas governamentais visando a atender as reivindicações dos trabalhadores para garantir a adesão destes aos esforços de guerra. Mas também está relacionado à influência do comunismo e dos interesses em conter a simpatia por seus ideais, fazendo o capitalismo parecer menos prejudicial às classes trabalhadoras e, ainda, pela crescente concorrência comercial internacional, a demandar a garantia de uma harmonização normativa em matéria trabalhista, de modo a não criar distorções de custos de produção e, conseqüentemente, prejuízos à livre concorrência.

Ou seja, não foram apenas interesses de índole solidária que inspiraram os precursores da normatização internacional social, mas também a necessidade de garantir que os Estados

que passassem a adotar normas protetivas dos trabalhadores e outras classes desfavorecidas economicamente¹⁸⁰ (tendência que já se mostrava inevitável) não fossem prejudicados, por tal fato, na promissora expansão industrial e do comércio internacional, devido à elevação desparametrizada de seus custos de produção.

Todos esses fatores, em especial, contribuíram para a reunião de parte relevante dos Países ocidentais capitalistas em torno do objetivo comum de elaborar normas internacionais para regerem as relações de trabalho, dando a partida para o que se constituiu, com o desenvolvimento desse fenômeno, no *direito internacional do trabalho*. Este sub-ramo do direito internacional público foi posteriormente alargado para abranger outros temas correlatos e com a mesma marca de postularem intervenção estatal para garantia de um nível adequado de vida, como a seguridade social, o direito à moradia, o direito ao lazer, dentre outros.

Desse modo, neste processo de expansão temática do *direito internacional do trabalho*, podemos localizar as origens de um *direito internacional social*, fortemente amparado no *direito ao trabalho*, enquanto espécie de direito que pode possibilitar ao homem os recursos necessários ao gozo de outros direitos sociais, como o direito ao vestuário, alimentação, dentre outros¹⁸¹, elemento que justifica a sua centralidade na normatização vertiginosa que seguiu esta geração.

Contudo, o grande mérito daqueles que idealizaram e estruturaram a OIT foi imaginar o seu funcionamento com uma composição *tripartite*, onde interagem representantes dos Estados, dos trabalhadores e dos empregadores¹⁸², todos com direito a ser ouvido e a votar, possibilitando o que atualmente chamamos de *participação da sociedade civil*, e também

¹⁸⁰ Sobre a ação e influência desses novos atores sociais, os trabalhadores, e a transformação radical que suas reivindicações geraram na visão burguesa dos contratos, do direito de propriedade, do Estado e do Direito, José Rodrigo Rodriguez assim se manifesta: “*O direito do trabalho e o estado social, hoje vistos como coisa natural, nasceram como um escândalo aos olhos burgueses e como uma afronta ao estado de direito e ao conceito de direito. Seu poder subversivo permanece vivo aos olhos das forças neoliberais, fundadas na economia neoclássica, que continuam saudosas da gramática clássica do direito burguês ao se apresentarem como defensoras intransigentes do estado mínimo*”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 195.

¹⁸¹ Neste ponto, cabe o esclarecimento de que o direito *ao trabalho*, que pode ser considerado o principal dentre os direitos sociais, pelas razões exposta alhures, compreende também os direitos tidos como *do trabalho*, à medida em que o acesso ao trabalho, para garantia da dignidade humana do trabalhador, deve comportar também o direito a fazê-lo, de maneira livre e por opção, em condições de trabalho adequadas, bem como a remuneração satisfatória, a um meio ambiente livre de discriminações e de riscos à saúde e integridade física, dentre muitos outros temas próprios deste campo especializado. Essa relação demonstra também a importância dos direitos humanos na seara trabalhista, dado à imbricada conexão entre as normas de ambos os campos do Direito.

¹⁸² Por ser tripartite, a OIT é considerada como a primeira organização internacional *híbrida* surgida, ao reunir representantes de Estados e de organizações privadas.

favorecendo o diálogo social e a transparência na atuação desta organização social. Convém destacar, por oportuno, que esses tripartismo é equilibrado, temperado, pois os representantes dos Estados são em número dobrado em relação aos dos trabalhadores ou dos empregadores, considerados isoladamente.

Desse modo, a título exemplificativo, enquanto na *Conferência Internacional do Trabalho*, órgão principal da OIT e com atribuição de elaboração e adoção das normas internacionais do trabalho, existem quatro representantes dos Estados para cada Estado-membro, os representantes dos trabalhadores são apenas em número de dois, e em igual número são os representantes dos empregadores.

Contando com tais elementos particulares, e com o interesse dos Estados capitalistas em desenvolver o campo regulatório em matéria trabalhista a nível internacional, a OIT soube se fazer presente com papel de destaque e liderança no movimento de surgimento e expansão das organizações internacionais com vocação universal, ligado ao que descrevemos como *globalização das relações econômicas*, à medida em que os Estados e as organizações internacionais perceberam que a dinâmica das relações internacionais nesta fase implicava na proteção de direitos humanos sociais.

Os princípios de um incipiente *direito internacional do trabalho*, absorvidos como objetivos da OIT e de muita influência sobre a normatização que lhes seguiu, foram desenvolvidos desde o *Tratado de Versailles* (parte XIII, intitulada de *Princípios gerais*), onde constou expressamente que as partes contratantes, *convencidas de que o trabalho não pode ser considerado como uma mercadoria*, definiam como métodos e princípios para a regulação do trabalho, que deveriam envidar esforços para atingir, os seguintes:

- (i) o trabalho não deve ser considerado mercadoria ou artigo de comércio;
- (ii) o direito de associação para trabalhadores e empregadores;
- (iii) o pagamento de salário que assegure um nível de vida adequado, tal qual entendido em sua época e em seu País;
- (iv) a adoção da jornada de oito horas ou da semana de quarenta e oito horas como objetivo a ser atingido em todos os lugares ou onde não foi obtido ainda;
- (v) a adoção de um repouso semanal de no mínimo vinte e quatro horas, devendo compreender o domingo sempre que possível;
- (vi) o fim do trabalho infantil e a obrigação de fixar os limites de trabalho dos jovens

de ambos sexos de modo a lhes permitir a continuidade de sua educação e de seu desenvolvimento físico;

(vii) o princípio da igualdade salarial, sem distinção de sexo, para um trabalho de igual valor;

(viii) as normas em vigor em cada País sobre relações de trabalho devem assegurar um tratamento econômico equitativo a todos os trabalhadores residentes legalmente em seu território;

(ix) cada Estado deverá organizar um serviço de inspeção, que incluirá mulheres, para assegurar a aplicação das leis e regulamentos para a proteção dos trabalhadores¹⁸³.

É perceptível que tais princípios e métodos constituíram um início muito proveitoso para a futura normatização, representando um grande avanço à época, à medida em que fizeram as bases para a definição de *standards* internacionais em matéria trabalhista, ainda hoje tomadas como consenso na comunidade internacional e presentes em convenções internacionais de trabalho (como, exemplificativamente, a não discriminação em razão do sexo), em parte relevante dos instrumentos jurídicos constitucionais e trabalhistas domésticos, bem como em outros textos jurídicos de origem não estatal. Eles representam, ainda hoje, importantes ideais também de organizações não governamentais e outras entidades da sociedade civil¹⁸⁴ (como, por exemplo, a abolição do trabalho infantil).

Também é importante destacar que tal variedade de temas gerou uma noção ampliada dos objetivos da regulação internacional das relações de trabalho, com consequências benéficas a uma posterior definição alargada da competência da OIT, enquanto organização internacional especializada no campo do direito do trabalho, o que se mostrou uma tendência persistente em seu desenvolvimento futuro, merecendo nota a elaboração de 67 convenções e 66 recomendações em duas décadas, entre 1919 e 1917¹⁸⁵.

Posteriormente, a OIT buscou redefinir seus objetivos e alargar sua competência ao incorporar a *Declaração de Filadélfia de 1944*, dez anos após sua publicação, na *Constituição da OIT*, em substituição ao disposto no artigo 427 do Tratado de Versailles, mas sem abandonar as noções gerais e estruturantes deste, conferindo destaque às relações entre justiça

¹⁸³ Esses princípios e métodos estão definidos no artigo 427 do *Tratado de Versailles*.

¹⁸⁴ Por *sociedade civil* entendemos: “*O conjunto de associações voluntárias existentes a cada altura num regime político (...)*”. FERNANDES, Tiago. **A Sociedade Civil**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014, p. 23.

¹⁸⁵ THOUVENIN, Jean-Marc, e TREBILCOCK, Anne (orgs.). *Op. cit.*, 2013. p. 48. Tradução livre.

social, crescimento econômico, e a manutenção da paz. Também foram fixados, nesta declaração, quatro *objetivos estratégicos para a OIT*, que bem demonstram essa ampliação de competência e atualização de visão institucional, quais sejam, *os direitos fundamentais, o emprego, a proteção social, e o diálogo social*.

A partir desta etapa, a OIT elaborou convenções e recomendações de porte universal e supervisionou a sua aplicação, buscando respeitar os princípios e valores da Declaração de Filadélfia (intitulada de *Declaração sobre os fins e objetivos da OIT*, convergentes na noção de justiça social como base para garantir a paz entre as nações¹⁸⁶). Essa visão era decorrente dos debates, acirrados com a globalização econômica, em torno da dependência mútua entre desenvolvimento econômico e justiça social. Dentre tais convenções, seis regulam direitos tidos como *fundamentais ao trabalho* (ao lado da Convenção n. 29 sobre trabalho forçado, de 1930 e a Convenção n. 182 sobre as piores formas de trabalho infantil, de 1999), dentre elas:

- (i) a Convenção n. 87 sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical, de 1930;
- (ii) a Convenção n. 98 sobre o direito de organização e de negociação coletiva, de 1949;
- (iii) a Convenção n. 100 sobre a igualdade de remuneração, de 1951;
- (iv) a Convenção n. 105 sobre a abolição do trabalho forçado, de 1957;
- (v) a Convenção n. 111 sobre discriminação no trabalho, de 1958; e
- (vi) a Convenção n. 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego, de 1973.

Seguindo esta linha de atuação que liga os direitos trabalhistas diretamente aos direitos humanos, a OIT adota também, em 1998, a *Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais ao trabalho*, com a meta de motivar a sociedade internacional a persistir e avançar na promoção de direitos sociais garantidos nas oito convenções sobre direitos fundamentais ao trabalho, que são agrupados em quatro categorias, quais sejam:

- (i) a liberdade de associação e o direito efetivo à negociação coletiva;
- (ii) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;

186 Para aprofundar o estudo sobre a Declaração de Filadélfia e o contexto de sua adoção pela OIT, conferir SUPIOT, Alain. **L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché totale**. Paris: Éditions du Seuil, 2010. Tradução livre.

- (iii) a eliminação do trabalho infantil, e
- (iv) a eliminação da discriminação no trabalho.

Com o avanço da globalização, a OIT teve de repensar o papel das normas sociais, e voltar-se à busca da eficácia de seus mecanismos de supervisão, cuja deficiência era (e ainda pode ser descrita como) notável. Essas transformações podem ser sintetizadas na nova política com ênfase no *trabalho decente*¹⁸⁷, que é nada mais é que uma noção aglutinadora dessas categorias de direitos fundamentais ao trabalho, com o mérito de tornar o tema mais facilmente apreensível por setores da sociedade civil menos afetos ao campo jurídico e outros conhecimentos técnicos.

Contudo, as normas de direito social são, em vastos setores da sociedade, tidas como redutoras ou ameaçadoras ao desenvolvimento econômico, o que está na base de um movimento persistente por uma flexibilização de suas leis, o que se faz notar com incomum intensidade no campo da regulação das relações de trabalho, tomadas como mais um custo de produção a ser continuamente reduzido e, busca de competitividade no mercado global.

Tal movimento flexibilizador acusa ainda o direito social de ser pouco flexível ou adaptável às exigências das constantes mudanças da economia globalizada, do mercado em última análise, gerando um considerável atraso ou descompasso entre suas normas e a realidade social. Buscando enfrentar esse panorama hostil, a OIT (bem como outras organizações internacionais) apostam na adoção de instrumentos jurídicos mais adaptados ao momento atual, com mecanismos de aplicação mais flexíveis, e mais facilmente alteráveis, ao lado da adoção de instrumentos de *soft law*¹⁸⁸, cada vez mais presentes como adequados à regulação eficaz das condutas em matéria econômica e social.

Dentre os instrumentos de *soft law* elaborados na OIT e de grande impacto no campo, citem-se, dentre outros: a *Declaração de princípios tripartite sobre as empresas multinacionais e a política social*, de 1977, revisada em 2000; a *Declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização equitativa*, de 2008; e o *Pacto mundial pelo emprego*, adotado pela OIT em 2009.

Essa postura, porém, não é aceita sem críticas por muitos juristas e amplos setores da sociedade civil, pois há um risco real de fragmentação do direito internacional social pela possível substituição de suas tradicionais convenções internacionais por instrumentos de *soft*

¹⁸⁷ MOREAU, Marie-Ange, 2006. *Op. cit.*, p. 97. Tradução livre.

¹⁸⁸ THOUVENIN, Jean-Marc, e TREBILCOCK, Anne (orgs.). *Op. cit.*, 2013. p. 97. Tradução livre.

law, o que pode levar à redução da judiciabilidade desses direitos em alguns sistemas jurídicos. Para os que assim pensam, tal estratégia, aliada à falta de um mecanismo de controle que permita, além da aferição de resultados e da constatação de violações, a imposição de sanções aos Estados violadores de normas sociais, com base na sua responsabilidade internacional, ainda é um obstáculo ao desempenho mais eficiente das competências atribuídas à OIT pela comunidade internacional.

Acreditamos, contudo, ser o fenômeno da expansão dos instrumentos de *soft law* no direito internacional social ainda muito recente para que se possa identificar seus efeitos em relação a uma eventual redução da efetividade dos direitos sociais e suas garantias. Em outras palavras, não dispomos ainda, segundo cremos, de dados ou estudos que possam demonstrar que a falta de coercibilidade desses instrumentos prejudicará a efetividade das normas que veiculam ou, ainda, influenciar a eventual opção pelo descumprimento de normas previstas em outros textos jurídicos, estes dotados de coercibilidade, tema este que demandará mais tempo de observação e de pesquisa antes que se possam tirar conclusões a seu respeito.

A despeito de tais incertezas, a penetração dos *standards* internacionais em matéria trabalhista, inclusive abrangentes de direitos humanos, obtidos pela atuação especializada da OIT, nos mais diversos sistemas jurídicos, nacionais ou internacionais, bem como as interações crescentes entre eles, é motivo de alento e esperança para aqueles que convivem com a prática ou anseiam por uma maior expansão dos direitos humanos no plano global. Esse processo presta-se a motivar, ainda, a cooperação, em diversos níveis, com outras organizações com tal competência, que podem ser de origem privada ou formadas por Estados, dentre elas a Organização das Nações Unidas (ONU), com o papel de maior destaque no sistema universal¹⁸⁹.

3.2.2 A Organização das Nações Unidas (ONU)

A organização das Nações Unidas ocupa, desde sua criação em 1945, o lugar deixado pela *Sociedade das Nações*, extinta no período entre guerras, em parte devido a sua

¹⁸⁹ Como ilustração da crescente interação entre a atuação da OIT e da ONU em prol da expansão dos direitos sociais, citamos o *Guia para as Empresas sobre os Princípios do trabalho do Pacto Mundial das Nações Unidas*, elaborados pela OIT em 2010.

incapacidade de deter a repetição da guerra mundial, como principal órgão representativo da sociedade internacional, do qual pode-se dizer que constitui a base por seu papel central.

Paralelamente a sua estrutura, e com atuações em cooperação explícita ao sistema institucional da ONU, existem uma série de organizações especializadas, como a OIT, a UNESCO, a OMS, a Organização para a Alimentação e a Agricultura (FAO), e ainda outras organizações de índole predominantemente técnica e vocação universal, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD), e a Organização Mundial do Comércio (OMC)¹⁹⁰.

Os órgãos que compõem a estrutura da ONU podem ser classificados em *interestais*, *integrados*, ou *independentes*, de acordo com a sua posição na complexa e extensa estrutura institucional desta organização internacional. Marcados pelo voto de igual valor para cada um de seus membros, que são 193 desde 2011, os *órgãos interestais* da ONU são: a *Assembléia Geral*, O *Conselho Econômico e Social* (ECOSOC), e o *Conselho de Segurança*.

Os *órgãos integrados* da ONU, por sua vez, são: a *Secretaria Geral* (nomeada pela Assembleia Geral por recomendação do Conselho de Segurança), e o *Secretariado* (composto por um corpo de funcionários que aplica os fins da organização e as diretivas dos demais órgãos). Os *órgãos independentes* da ONU, por fim, são: os *experts independentes*, eleitos por indicação de seus Estados de origem pelos órgãos onusianos, e a *Corte Internacional de Justiça* (CIJ).

Sobre a CIJ, órgão jurisdicional principal do sistema onusiano, segundo a *Carta das Nações Unidas* (art. 92), cabe a observação de que esta é refratária à análise de casos diretamente ligados a violações de direitos humanos, por opção política e ideológica de seus juízes, que temem uma provável crise de legitimidade caso passassem a decidir sobre matérias com pouco ou nenhum consenso a nível universal e, ainda, por apostarem, em relação à expansão dos direitos humanos, em uma estratégia de diálogo social. Esta estratégia é aplicada pelo fomento à cooperação internacional e conta com a vontade estatal e a publicidade dos assuntos ligados ao tema para provocar seu respeito entre seus Estados-membros.

O *Conselho Econômico e Social*, com importante atuação na seara do direito internacional social, tinha como órgãos subsidiários a extinta *Comissão de Direitos Humanos*, que por sua vez mantinha como subsidiária a *Subcomissão de Direitos Humanos*, e o *Grupo*

¹⁹⁰ Um bom panorama da estrutura institucional e do sistema jurídico da ONU pode ser encontrado em DECAUX, Emmanuel e FROUVILLE, Olivier, 2014. *Op. cit.* p. 237-292. Tradução livre.

de trabalho sobre as formas contemporâneas de escravidão. A reforma institucional da ONU de 2005-2006, contudo, gerou a extinção desses três últimos órgãos, e a criação do *Conselho dos Direitos Humanos*, subsidiário à Assembleia Geral, e do *Comitê Consultivo do Conselho de Direitos Humanos*.

Em que pese tal rejeição ao mecanismo de controle jurisdicional, em suas quase sete décadas de atuação, a ONU foi expandido progressivamente seu sistema institucional e normativo destinado à proteção e controle dos direitos humanos, contando atualmente com muitos instrumentos jurídicos destinados ao tema, sejam estes tratados, recomendações, declarações, ou outros textos jurídicos, como a *Carta das Nações Unidas*, o *Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos* (PIDCP) e o *Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, de 1966 (PIDESC).

A *Carta das Nações Unidas*, embasada na promoção da cooperação entre os Estados pacíficos para o alcance de objetivos comuns, dispõe de um capítulo destinado à cooperação econômica e social, para a qual prevê a criação de um *Conselho Econômico e Social*, o que já ocorreu. A participação da ONU nesta missão é também objeto de detalhamento quanto aos seus objetivos, que seriam ligados ao favorecimento do aumento do nível de vida, do pleno emprego e das condições de progresso e de desenvolvimento da ordem econômica e social, bem como à solução de problemas internacionais nos domínios econômico, social, de saúde pública e outros problemas conexos, e da cooperação internacional na formação intelectual e na educação¹⁹¹.

Desse modo, a *Carta das Nações Unidas* pode ser considerada como *pilar* do direito internacional social por ter dado um tratamento formal e uma visibilidade considerável, a nível universal, aos interesses dos Estados, mas também de outros agentes das relações econômicas e sociais, a engajarem-se a favor de questões sociais. Mas este não é o único texto jurídico a demonstrar a importância da ONU para o desenvolvimento desse conjunto normativo, cabendo destacar, com ainda maior relevo, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948¹⁹² e, inspirando-se francamente nestes dois textos, o *Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional relativo aos Direitos*

¹⁹¹ Carta das Nações Unidas. Capítulos IX e X e artigo 55, § 1 e 2, respectivamente.

¹⁹² Também não podem ser esquecidos os dispositivos da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948), que trata dos direitos sociais como “*direitos que a pessoa humana deve ter como membro da sociedade*”, elencando as seguintes espécies: direito ao trabalho e à previdência social, à igualdade salarial por igual trabalho, ao descanso e ao lazer, à saúde, à educação, aos benefícios da ciência, ao gozo das artes, à participação na vida cultura da comunidade. REZEK, 2013. *Op. cit.*, p. 261.

Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, já referidos.

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, pode ser considerada como o texto jurídico com maior impacto sobre o campo dos direitos humanos até a atualidade, mas sua importância não está confinada a este ramo do Direito, pois muitos outros valeram-se de seu conteúdo, senão expressamente, ao menos como fonte de inspiração, o mesmo podendo ser dito do uso de seus valores e princípios como norte interpretativo por órgãos jurisdicionais ou administrativos não jurisdicionais.

O *universalismo*, que permitiu a emergência da DUDH, é a ideia etnocentrista segundo a qual os produtos da filosofia ocidental são válidos em todos os tempos e lugares. Nesta seara, traz em seu bojo noções originadas no antigo *direito natural*, e pôde desenvolver-se graças a uma transformação radical do direito, que migrou do pragmatismo à abstração cultivada na Idade Média, a qual permitiu a fixação de conceitos-chave, como os de sujeitos de direito, direitos subjetivos, direitos inerentes à natureza da pessoa humana e, por fim, direitos humanos¹⁹³.

Demonstrando um passo muito importante para a evolução do direito internacional social, e com uma preferência declarada pela veia universalizante dos direitos humanos, a redação da DUDH dedica seis artigos aos direitos sociais, especificando suas matérias nas seguintes categorias, que apontam para uma enunciação por ordem de relevância atribuída ao tema, quais sejam: trabalho, segurança social, nível de vida, educação, ciência e cultura e, finalmente, lazer.

Os dois pactos do sistema onusiano citados, de importância ímpar para a expansão dos direitos humanos a nível mundial, foram elaborados no bojo de um processo de aprofundamento do engajamento da ONU na defesa dos direitos humanos, iniciado ainda durante a Guerra Fria, e representando uma certa resposta à indignação gerada pelos desastrosos efeitos das duas grandes guerras mundiais sobre a proteção à pessoa humana, de modo que esta passou a ocupar lugar de destaque na agenda das relações internacionais.

É importante notar que estes tratados representam a opção do sistema onusiano em cindir o trato normativo dos direitos humanos em dois pactos fundamentais, sendo o Pacto Internacional relativo aos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais¹⁹⁴, como o próprio título

¹⁹³ ARNAUD, André-Jean. **Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État**. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004, p. 274-278. Tradução livre.

¹⁹⁴ Sobre o Protocolo Facultativo ao PIDESC, ver: TEXIER, Philippe. **L'enjeu du protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels**. In: *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-2008. Réalité d'un idéal commun? Les droits économiques, sociaux et*

enuncia, relativo aos DESC e o outro, o Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos, relativo aos direitos de primeira geração. Essa dualidade é vista como o fruto de uma opção política para aumentar o número de adesões entre seus Estados-membros aos pactos, e driblar as dificuldades ideológicas decorrentes das influências e disputas entre os blocos de orientação capitalista e comunista, que em muito retardariam a elaboração das normas e o processo de adesão aos tratados em análise, por motivos diversos.

Contudo, esta dualidade, ou postura discriminatória dos DESC, replicada em outros sistemas jurídicos, nos quais os direitos sociais são também tratados de forma separada dos direitos civis e políticos, é muito criticável, pois vai de encontro ao caráter indivisível dos direitos humanos, e até mesmo à sua interdependência, podendo ser incluída dentre os possíveis fatores de um déficit de efetividade, de uma suposta falta de judiciabilidade dos direitos sociais.

Isso porque, em geral, os mecanismos de supervisão e controle dos tratados e outras espécies de textos jurídicos que os prevêm costumam ser menos desenvolvidos, menos coercitivos para os Estados e demais agentes destinatários de suas normas, sendo certo que a separação dos direitos civis e políticos (com os quais a comunidade internacional é mais vigilante historicamente) reforça esses descompasso.

Outras convenções internacionais elaboradas no sistema onusiano também se referem, direta ou indiretamente, à garantia de direitos sociais, contribuindo para a formação de uma rede de proteção e controle de direitos humanos em interação com os outros sistemas, que não pode ser compreendida sem a consideração de outros textos jurídicos, instrumentos de *soft law*, como o *Pacto Mundial* lançado no ano de 2000 pela Secretaria Geral das Nações Unidas (mais conhecido como *Global Compact*), na seara de aplicação de variadas técnicas de diálogo social, e da óptica de incitar as partes a engajarem-se voluntariamente na aplicação de normas sociais.

Dentre as demais convenções internacionais geradas no sistema onusiano que tratam expressamente de aspectos relevantes aos direitos sociais, encontram-se, por exemplo:

- (i) a Convenção internacional sobre todas as formas de discriminação racial, de 1965;
- (ii) a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, de 1979;

- (iii) a Convenção relativa aos direitos das crianças, de 1989;
- (iv) a Convenção internacional sobre a proteção de direitos de todos os trabalhadores migrantes e os membros de sua família, de 1990, e
- (v) a Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência, de 2006.

Porém, desde a expansão acentuada do número de Estados membros, gerada com a *descolonização* e também com a desagregação da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, surgiu um movimento liderado pelos Países ditos *em desenvolvimento* em busca de uma maior democratização e preocupação com o persistente déficit de efetividade dos direitos sociais atingindo extensa porção da humanidade, o que posicionou a questão da pobreza na ordem do dia da pauta da ONU, gerando um desafio complexo e ainda longe de ser superado por esta organização internacional¹⁹⁵.

Avançando em relação à esfera da normatização dos direitos humanos, a ONU desenvolveu uma variedade de métodos de supervisão e controle dessas normas, que foram sendo adaptados às exigências da comunidade internacional e aperfeiçoados ao longo de sua atuação. Atualmente, o método de supervisão e controle do respeito às convenções internacionais sobre direitos humanos mais utilizado pela ONU é baseado no exame por pares, e consiste no mecanismo denominado de *Exame periódico universal* (EPU)¹⁹⁶, cujo objetivo é verificar o cumprimento das normas convencionais ou contidas em recomendações pelos Estados que a elas aderiram, o que é feito pela elaboração de relatórios de avaliação, a cargo do *Conselho de Direitos Humanos da ONU*.

Antes desta etapa, contudo, os Estados devem apresentar, em um documento escrito, sua avaliação sobre os eventuais progressos realizados na aplicação dos direitos humanos considerados, e as medidas porventura adotadas para expandi-los. Tal relatório, bem como outras informações colhidas durante o procedimento, são debatidas em sessões públicas e com participação da sociedade civil, de modo que se pode dizer que as notas essenciais do EPU são o diálogo, a persuasão, a publicidade, a transparência, reforçadas pelo interesse da mídia e da sociedade civil na divulgação das informações geradas.

¹⁹⁵ Sobre a problemática da extrema pobreza na ONU, ver BARRITA, Noemy. **L'émergence de la problématique de l'extreme pauvreté au sein des Nations Unies**. In: DECAUX, Emmanuel. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Alice (orgs.). **La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme**. Paris: Éditions A. Pedone, 2009, p. 31-44. Tradução livre.

¹⁹⁶ O EPU foi estabelecido pela Resolução da Assembleia Geral da ONU de número 60/251, de 15 de março de 2006.

Na esteira da atuação da ONU, outras organizações internacionais, com vocação universal, porém com competência para temas mais restritos materialmente, ocuparam o espaço então existente em diversos ramos do direito internacional social que se encontravam virgens de normas jurídicas negociadas entre Estados, e ainda mais de mecanismos de supervisão e controle.

3.2.3 Outras organizações internacionais com atuação na promoção de direitos sociais

Em se tratando de temas mais específicos, como a saúde ou a educação, por exemplo, outras organizações internacionais de destaque e caráter acentuadamente técnico, possuem atuação na promoção de direitos sociais. Por suas produções normativas quantitativamente relevantes e relação direta com temas essenciais ao direito internacional social, citamos, sem pretensão de esgotar tão vasto tema, mas em busca de uma demonstração, por amostragem, do relevante papel que desempenham, a *Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura* e a *Organização Mundial de Saúde*.

A *Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura* foi criada por uma convenção internacional datada de 1945, com um mandato específico no campo do direito internacional social, harmonizado com a proposta de atuação da ONU, correspondente à contribuição para a manutenção da paz e da segurança, assegurando, pelo desenvolvimento da educação, da ciência e da cultura, a colaboração entre os Estados. Assim como a ONU, em cuja carta constitutiva são expressamente inspirados seus princípios, a UNESCO traz como princípios de sua atuação a busca pelo respeito universal da justiça, da lei, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de sexo, língua ou religião.

No desempenho de sua missão institucional, a UNESCO adota recomendações e convenções, elaboradas após extensas pesquisas sobre os temas, e com base em conhecimentos técnicos acumulados, das quais são exemplo a *Convenção internacional sobre a luta contra a discriminação no domínio do ensino*, de 1960; a *Convenção sobre a proteção e a promoção da diversidade de expressões culturais*, de 2005; e a *Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial*, de 2003.

A *Organização Mundial de Saúde*, por sua vez, também adotou regulamentos, acordos e convenções de grande importância no campo da saúde, buscando harmonizar e garantir um nível mínimo de adequação técnica nas políticas públicas desenvolvidas na área de saúde pública, como o *Regulamento Sanitário Internacional*, de 2005; e a *Convenção-quadro da OMS pela luta antitabagismo*, de 2003.

Como não poderia deixar de ser, a atuação das organizações internacionais com vocação universal e mandatos atrelados à expansão dos direitos humanos é complementar e interligada, sendo muito frequente uma utilizar como base os estudos, as normas e também os métodos de supervisão e controle gerados pelas outras.

Também é inevitável e retrata uma forte tendência o fato de que, além de serem um veículo para a participação estatal na elaboração e interpretação das normas internacionais, estas também absorvem a participação de agentes privados, como as organizações governamentais, sindicatos, fundações de pesquisa, e até mesmo de empresas multinacionais, em um processo que favorece o diálogo social e o êxito no processo de expansão harmônica das normas de direito internacional social.

Em atuação paralela, complementar, e não subordinada àquela do sistema universal de proteção aos direitos humanos, desenvolveram-se sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, nos continentes europeu, americano, e africano. Contando com algumas décadas de atuações, números elevados de decisões, e jurisprudências estabelecidas, exercem papel relevante na expansão dos direitos humanos, em seus respectivos continentes, o sistema regional interamericano e o sistema regional europeu, este último atuando também ao lado do sistema instituído pelo direito comunitário, no âmbito da União Europeia (constituindo o que denominamos de sistemas europeus de proteção aos direitos humanos).

3.3 OS SISTEMAS EUROPEUS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O continente europeu é privilegiado em termos de sistemas de proteção aos direitos humanos, pois conta com múltiplos e bem desenvolvidos conjuntos institucionais e normativos, incluindo: os sistemas nacionais, o sistema instituído no âmbito do *Conselho da*

Europa, baseado na *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*¹⁹⁷, e o sistema gerado pelo *direito comunitário*¹⁹⁸, que foram pioneiros em desenvolvimento normativo e jurisprudencial no campo¹⁹⁹. Estes sistemas organizam-se em forma de rede interconectada, a comporem o que se denomina comumente de *triângulo europeu*²⁰⁰. A esses, como a todos os demais sistemas regionais, soma-se o sistema universal de proteção aos direitos humanos, formando a mais densa rede de normas protetoras da pessoa humana.

Dentre os valores que fundamentam a União Europeia – EU, foi conferido destaque ao tema por meio do respeito à dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade, Estado de Direito e respeito aos direitos humanos, incluídos os direitos das pessoas pertencentes às minorias^{201/202/203}. Essa tomada de interesse do direito comunitário pelo tema dos direitos humanos atuou como meio de responder às cobranças dos cidadãos europeus, de possibilitar a

¹⁹⁷ Para um bom panorama da estrutura e direitos garantidos na *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, ver BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **La Convention européenne des droits de l'homme**. Paris: L.G.D.J., 2012. Tradução livre.

¹⁹⁸ Sobre o direito comunitário europeu ou da União Europeia, ver GAUTRON, Jean-Claude. **Droit européen**. Paris: Éditions DALLOZ, 2012. Ver, também, BERGE, Jean-Sylvestre. ROBIN-OLIVIER, Sophie. **Droit européen. Union européenne. Conseil de l'Europe**. Paris: Presses Universitaires de France, 2008. E, ainda, RIDEAU, Joel. **Le droit de l'Union Européenne**. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. Tradução livre.

¹⁹⁹ Sobre os objetivos da União Europeia, com a configuração dada pelo Tratado de Maastricht, Miguel Gorjão-Henriques explica que: “Os seus objetivos, por outro lado, são objetivos do conjunto União-Comunidades (art. 2. UE), só se justificando pela configuração política da União como guarda-chuva ou cobertura virtual de toda a construção europeia, a quem são, aliás, assinalados generosos propósitos de respeito e protecção por clássicos valores das sociedades modernas: o respeito pela identidade nacional dos Estados membros e pelos direitos fundamentais da pessoa humana, tal como assegurados pelo instrumento internacional comumente aceito por todos esses Estados, a CEDH (art. 6º., n. os 3 e 2 UE).” GORJÃO – HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário – Sumários desenvolvidos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 45-46.

²⁰⁰ Neste sentido, Mireille Delmas-Marty adverte o leitor de que, para avaliar a coerência da construção europeia, em especial do ponto de vista dos direitos fundamentais, é necessário incluir, no debate sobre o Tratado Constitucional, a CEDH, sem esquecer que ela foi ratificada por 46 Estados, incluindo a Turquia e a Rússia, e que suas violações são sancionadas pelos juízes de *Strasbourg*. DELMAS-MARTY, 2007. *Op. cit.*, p.21. Tradução livre.

²⁰¹ Sobre o modelo de unidade europeia, Estevão Chaves de Rezende Martins ensina que: “A unidade europeia é um objetivo estratégico de superação ou de coordenação das diferenças, que se articula como uma ideologia supraordenada, em que os traços históricos da Europa, como identificação linguística, religiosa, militar ou econômica cederiam a uma convenção de fronteira meramente política *ad extra* e de inclusão econômica *ad intra*.” MARTINS, Estevão Chaves de Rezende. **Relações Internacionais. Cultura e Poder**. Brasília: IBRI, 2002, p. 115-116.

²⁰² Para uma introdução ao tema do multiculturalismo europeu, e uma coerente análise da sua complexidade no bloco econômico, devido, entre outros fatores, à convivência de minorias religiosas, étnicas e culturais, num contexto de valores de nacionalidade e soberania ainda arraigados, ver GOMES, Eduardo Biacchi. **União Europeia e Multiculturalismo. O diálogo entre a democracia e os direitos fundamentais**. 1. ed. 2. reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 17-45.

²⁰³ Também sobre a relação entre a diversidade cultural da Europa e a organização do poder, ver Estevão Chaves de Rezende Martins, para quem: “A percepção, ou o “estranhamento” cultural entre os diversos “outros” que conviveram – e convivem – no espaço da (s) Europa (s), é um elemento importante na organização extrínseca (estatal, por exemplo) e intrínseca da identidade cultural europeia e no entendimento do traço das fronteiras de exclusão”. MARTINS, 2002. *Op. cit.*, p. 105.

harmonização de seu sistema jurídico com os sistemas nacionais e internacionais, bem como para garantia de sua competência na interpretação das normas da União Europeia com efeitos sobre os direitos humanos (que corria riscos de ser substituída pela jurisprudência em expansão da Corte EDH)²⁰⁴.

Neste contexto, em que tantas instituições disputam um espaço político e jurídico de regulação das condutas sociais, inclusive algumas contando, inclusive, com mecanismo jurisdicional de controle da aplicação de direitos humanos, é importante a análise do papel exercido pela corte supranacional (o *Tribunal de Justiça da União Europeia*^{205/206}) e pela corte internacional (a *Corte Europeia de Direitos Humanos*²⁰⁷), ambas atuantes no cenário europeu, especialmente no que se refere à interação de suas jurisprudências em matéria de direitos humanos.

Para tanto, cabe retratar a forma institucional de relacionamento de tais cortes após a proposta de adesão da UE à *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, especialmente as atribuições de competências, e vinculações às jurisprudências adotadas por cada uma delas, o

²⁰⁴ Neste sentido, o texto de Araceli Mangas Martín: “*Un eje básico de las relaciones del triángulo federal (Unión, Estados, ciudadanos) es el compromiso de la Unión con el principio del respeto a los derechos fundamentales (art. 6.3 TUE). Este compromiso se reconoció por vez primera en el Tratado de Maastricht siendo tal compromiso una codificación del acervo jurisprudencial (sentencia Nold de 14 de mayo de 1974)*”. MARTÍN, Araceli Mangas. NOGUERAS, Diego J. Liñán. **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 55.

²⁰⁵ O TJCE é composto de juízes, advogados gerais que assistem o Tribunal de Justiça, e um secretário nomeado pelo tribunal. Os juízes são eleitos para um mandato de 6 (seis) anos, renovável sem limitação alguma. Os juízes elegem entre eles o Presidente do TJCE, mediante votação secreta e por maioria. O mandato do presidente tem uma duração de 3 (três) anos e pode ser renovado por mais um período. Por outro lado, os advogados gerais, que passaram a ser em número de 8 (oito) no ano de 2000, elegem um Primeiro Advogado Geral, a quem incumbe distribuir os assuntos entre os advogados gerais, depois que o presidente tenha designado o juiz relator. Sua função consiste em apresentar publicamente, com imparcialidade e independência, conclusões motivadas sobre os assuntos promovidos perante o Tribunal de Justiça, a fim de assisti-lo no cumprimento de sua missão, garantindo ainda que os procedimentos perante o TJCE estejam ajustados às exigências do direito ao contraditório. Além dos Juízes e Advogados Gerais, o Secretário é um importante ator do TJCE, pois desempenha importantes funções, tanto processuais quanto administrativas, em seu mandato, que é de 6 anos, passível de renovação. O TJCE conta, na atualidade, com as seguintes formações jurisdicionais: Salas de 3 Juízes (pequenas Salas), Salas de 5 Juízes (grandes Salas) e o Pleno. Ainda que sem fundamento legal, o TJCE utiliza outra formação jurisdicional denominada pequeno Pleno, com 11 juízes. O TJCE só pode deliberar validamente em número ímpar, para evitar os empates em caso de votação, dado que o Presidente não tem voto de qualidade nesses casos. Ao pleno cabe, preponderantemente, as decisões de questões relacionadas a princípios, enquanto as Salas de cinco magistrados deliberam sobre o desenvolvimento da jurisprudência, e as Salas de três sobre a aplicação da jurisprudência. Essa estrutura foi mantida, em sua quase totalidade após o Tratado de Maastricht. MARÓN, José Manuel Peláez. **Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000. Tradução livre.

²⁰⁶ Para um estudo aprofundado do sistema judiciário da União Europeia e do contencioso da legalidade, conferir, por todos: MOTA DE CAMPOS, João. MOTA DE CAMPOS, João Luiz. **Contencioso Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

²⁰⁷ ARANTES, Amanda Carolina Cota. FRANCO, Karina Marzano. BRAZ DE CASTRO, Bruno. **A Corte Europeia de Direitos Humanos**. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto. SILVA, Roberto Luiz (orgs.). **Manual de Direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

conteúdo material das jurisprudências de tais cortes em matéria de direitos humanos, sem olvidar, contudo, a relevância de questões políticas envolvidas nessa interação institucional²⁰⁸. Observa-se, neste particular, que existe uma crescente fertilização e fecundação cruzadas, bem como um diálogo de juízes entre esses tribunais, contribuindo para a harmonização da jurisprudência em matéria de direitos humanos no direito comunitário²⁰⁹, e no DIDH constituído no âmbito do SEDH.

3.3.1 O Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH)

²⁰⁸ Devido aos limites dado a este estudo por seu objeto, as questões políticas envolvidas nas interações insitucionais entre os sistemas europeus não fazem parte da pesquisa e, portanto, não são abordadas diretamente.

²⁰⁹ Desde a reforma introduzida pelo Tratado de Amsterdam, a UE comprometeu-se expressamente com o princípio da democracia, e do respeito aos direitos humanos, que devem ser observados por todos os seus estados-membros. A importância jurídico-política dessa vinculação é grande, porque agora os atos internos e externos da UE podem ser contrastados à luz desses princípios, que guiam sua atividade e marcam a consecução de alguns objetivos, são condições de adesão para novos candidatos, para permanência na UE, e também servem de padrões normativos em todos os feitos submetidos à competência do TJCE. Mas a proteção dos direitos humanos, no âmbito comunitário, apenas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, mostrou-se insuficiente para a garantia dos cidadãos, e também para a nova roupagem política que se fazia necessária para a fusão das Comunidades na União Europeia, que precisava se mostrar menos preocupada com o mercado, e mais atenta aos anseios dos particulares por salvaguarda de direitos fundamentais, especialmente de direitos sociais (que demandavam também atuações positivas a favor dos cidadãos e a atuação articulada de outras Instituições da UE, além da atuação passiva do Tribunal de Justiça). Surgiu, aos poucos, a ideia de adoção de um catálogo de direitos fundamentais por parte da UE, o que poderia ocorrer na forma de elaboração de uma convenção ou normatização própria, ou ainda pela adesão à CEDH (já apontada como referência deste catálogo na jurisprudência do Tribunal de Justiça em vários casos submetidos à sua jurisdição). Esta adesão da UE à CEDH viria a suprir um atraso ou lacuna do direito comunitário, (criado com a finalidade original de dar suporte à integração econômica), em termos de proteção e garantia aos direitos fundamentais, especialmente após a percepção de que poderiam haver (como efetivamente ocorreu) conflitos entre as normas comunitárias e as normas internacionais de proteção aos direitos da pessoa humana; bem como de que as normas comunitárias tinham de ser interpretadas e aplicadas com o respeito pelos direitos fundamentais, o qual fazia parte dos princípios gerais da ordem jurídica comunitária, mas ainda careciam de uma maior especificação no quadro da UE. Também não se pode deixar de registrar que, como vimos acima, dispositivos relativos à proteção dos direitos humanos foram sendo paulatinamente introduzido nos tratados da UE, especialmente a partir do Tratado de Amsterdã, e do TUE. Para garantir que esses princípios sejam respeitados permanentemente por todos os Estados, a UE dispõe de um sistema de sanções contra o Estado-membro que viole de forma grave e persistente tais princípios, podendo aplicar uma suspensão de determinados direitos do Estado-membro, sem a suspensão das obrigações decorrentes dos tratados, que não preveem a expulsão. Assim, podemos reconhecer que a inserção no TUE, em seu preâmbulo e dispositivos, de referências, diretas ou não, ao respeito pelos direitos humanos, confirmou o objetivo dos Estados-membros de acelerar o processo de comunitarização desses direitos, tidos como essencial à concretização da cidadania europeia. Outra confirmação veio com o início do processo de adesão formal da UE à Convenção Europeia de Direitos humanos – CEDH. Também ocorreu, como consequência deste mesmo processo de apropriação da proteção aos direitos humanos pela UE, a elaboração de um catálogo próprio, em 07 de dezembro de 2000, por ocasião do Conselho Europeu de Nice, quando o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão assinaram o texto da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, então proclamada solenemente, contendo 54 artigos, elencando direitos civis, políticos, econômicos e culturais, dirigidos aos cidadãos da União Europeia.

O Sistema Europeu de Direitos Humanos é aquele elaborado e mantido pelo Conselho da Europa e, atualmente, é o maior e mais importante sistema regional de proteção aos direitos humanos, ainda em fase de aperfeiçoamento de suas instituições e procedimentos, porém servindo de modelo ou fonte de inspiração para a configuração dos sistemas regionais instituídos em outros continentes.

A base do Sistema Europeu de Direitos Humanos, por ser seu principal catálogo de direitos humanos, é a *Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, que foi assinada em Roma, em 04.11.1950, por doze estados europeus²¹⁰. A CEDH é uma convenção restrita ou fechada, pois a ela somente podem aderir Estados-membros do Conselho da Europa. Trata-se, na verdade, de tratado multilateral, com objeto de regular, a nível internacional, relações jurídicas internas a cada um dos seus signatários, que aceitam restringir suas soberanias em consideração à importância da matéria tratada²¹¹. Alguns autores chegam a defender a indisponibilidade da retratação em relação a tais normas, devido à relevância do tema para as sociedades fundadas no Estado Social²¹².

Na Europa, mais do que em qualquer outro continente ou espaço geográfico relevante, essa integração a uma sociedade internacional permite a visualização de fatores de solidariedade e integração entre os Estados, especialmente no plano regional, o que pode ser considerado, em grande medida, como produto dos horrores vivenciados nas duas grandes guerras mundiais em consequência dos atos de governos totalitários e nazistas²¹³.

Seguindo esta linha de pensar o totalitarismo como uma negação do valor da humanidade como um todo, podemos atribuir às formas dramáticas de vulnerabilidade e risco para seres humanos, o fomento à criação de sistemas internacionais de proteção à pessoa humana, especialmente no âmbito da Organização das Nações Unidas, em um contexto de um sistema interestatal, sem ameaçar a unidade nacional e integridade territorial dos estados²¹⁴. E também podemos, com base nesse contexto, explicar a origem histórica e remota dos sistemas

²¹⁰ São eles: Bélgica, Dinamarca, França, República Federal Alemã, Holanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Irlanda, Noruega, Turquia e Inglaterra.

²¹¹ RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura, 1996. *Op. cit.*, p. 05-11.

²¹² Neste sentido, a lição de Valério de Oliveira Mazuoli, para quem: "*Quando um Estado adere a um tratado internacional de proteção dos direitos humanos, não está limitando a aplicação deste instrumento tão somente à sua jurisdição doméstica, mas sim reconhecendo valores e interesses comuns entre todos os estados que àquele tratado aderiram, valores estes traduzidos sob a forma de direitos e obrigações recíprocos, com a consequente indisponibilidade da norma internacional integrada*". MAZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.241

²¹³ GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.137.

²¹⁴ LAFER, Celso, 1988. *Op. cit.*, p. 157.

regionais de proteção aos direitos humanos, como o europeu.

Tais sistemas regionais de proteção de direitos humanos apresentam estruturas e procedimentos próprios, e revelam a tentativa de obter maior eficácia na proteção aos direitos humanos que o sistema global, já que abarcam Estados de uma mesma região geográfica e, com isso, possivelmente tendentes a compartilharem um contexto histórico, cultural, e econômico semelhantes²¹⁵.

Buscando a ampliação do rol de direitos humanos garantidos pelo SEDH, à CEDH foi acrescida a *Carta Social Europeia*, especificamente para tratar de direitos econômicos, sociais e culturais, assinada em Turim em 18.10.1961, formando-se um sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos, que se sobrepõe a vários sistemas nacionais, garantidos nos sistemas jurídicos internos, especialmente nas constituições dos estados europeus²¹⁶.

A CEDH também inovou ao instituir órgãos destinados a fiscalizar o respeito aos direitos humanos declarados na mesma, e também a julgar os casos de violação que ensejassem a responsabilização internacional dos Estados signatários. São eles: a *Comissão Europeia dos Direitos do Homem* (criada em 1954), o *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, que deu origem à *Corte Europeia de Direitos Humanos* (em 1959)²¹⁷ e o *Comitê dos Ministros do Conselho da Europa*. A convenção europeia anda teve o mérito de inovar ao garantir aos indivíduos, e não somente aos Estados, um mecanismo de responsabilização dos Estados violadores de direitos humanos, com possibilidade de obter reparação pelos danos decorrentes dessas violações²¹⁸.

A Com EDH tinha a função de receber as denúncias de violações de direitos humanos à luz dos dispositivos da CEDH e, caso admitisse a violação e o Estado se recusasse a repará-la, encaminhar o caso ao TEDH, quando a vítima fosse um indivíduo. Assim, somente os Estados tinham a prerrogativa de acionar diretamente o TEDH, o que era objeto

²¹⁵ GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013, p.3.

²¹⁶ RAMOS, 1996. *Op. cit.*, p. 05-06.

²¹⁷ Conforme nos ensina Mario Lúcio Quintão Soares, o TEDH, “ (...) de natureza judicial, é composto por número de juízes igual ao dos Estados-membros do Conselho da Europa, não podendo incluir mais de um nacional do mesmo Estado. Os juízes do TEDH são eleitos pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, por período de nove anos, indicados por lista apresentada pelos membros do Conselho. São reelegíveis, ocupando o cargo a título individual e gozando de total independência no desempenho de suas funções. Durante o mandato, não podem assumir outras funções incompatíveis com as exigências de independência, imparcialidade e disponibilidade inerentes a esse mandato”. SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário. Por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000, p 232.

²¹⁸ GUERRA, 2011. *Op. cit.*, p.139.

de severas críticas pelo caráter antidemocrático do procedimento. A comissão acabou sendo extinta e hoje podemos considerar o sistema europeu como o mais avançado do mundo, pois os indivíduos podem buscar, diretamente e sem ingerências de natureza política ou diplomática no processo, a responsabilização estatal por violações de direitos humanos²¹⁹.

Mais tarde, esse TEDH passaria a ser denominado de *Corte Europeia de Direitos Humanos*, com exercício de um controle jurisdicional internacional de observância dos direitos fundamentais²²⁰, e desenvolvimento notável de uma jurisprudência sobre direitos humanos que passou a ser relevante, não só para os países signatários da CEDH, mas também, por servir de exemplo e inspiração para o sistema universal e outros sistemas regionais, no contexto de harmonização dos direitos humanos, para todo o mundo globalizado²²¹.

A Corte EDH, assim, contando com mais de quarenta anos de atuação ativa na proteção de direitos humanos, construiu farta jurisprudência sobre o tema, que lhe garantiu a posição de principal corte internacional de direitos humanos, e serve de parâmetro, inspiração, ou modelo para outras cortes internacionais, para a corte supranacional da UE, e também para as cortes constitucionais de Estados de todo o modo e outros tribunais domésticos, que dialogam com suas decisões e argumentos, num processo constante de evolução e construção das normas de direitos humanos.

No âmbito da UE, após certo atraso em relação à normatização da proteção dos direitos humanos, o Tratado de Maastricht, em 1992, explicitou a necessidade de se respeitarem os direitos humanos, tais quais expressos na CEDH, o que foi ampliado no Tratado de Amsterdã, que garantiu o combate às discriminações também por motivo de raça, origem étnica, religião ou crença, deficiência e orientação sexual (art. 13), e ainda reconheceu os direitos humanos como parte do direito comunitário²²².

Assim, atualmente, após o início do processo de adesão da UE à CEDH, podemos considerar que o sistema europeu de direitos humanos contempla, em relação aos Estados-membros da UE e seus cidadãos, além das normas consagradas no direito doméstico e na CEDH, os dispositivos previstos em normas da União Europeia e na *Carta Europeia de Direitos Fundamentais da União Europeia*, assinada em Nice, no ano de 2000, contemplando

²¹⁹ *idem*, p.148.

²²⁰ ALVIM, Mariana de Souza. **A Adesão formal da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem no Tratado que estabelece uma constituição para a Europa. Constitucionalismo europeu em crise?** Lisboa: AAFDL, 2006, p. 243.

²²¹ Todas as decisões já proferidas pelo Corte EDH desde o início de seus trabalhos estão disponível para consulta no site www.echr.coe.int. Consulta realizada em 15 de outubro de 2014.

²²² GUERRA, 2000. *Op. cit.*, p.142-143.

também direitos sociais, econômicos e culturais, representando uma síntese dos valores comuns dos Estados-membros da UE²²³. Tal interação normativa é complementada pela interação jurisdicional entre os sistemas europeus, promovida pelo TJUE e pela Corte EDH.

3.3.2 Interação jurisdicional entre os sistemas europeus (TJUE e Corte EDH)

Por dinâmica da interação entre o TJUE e a Corte EDH, queremos nos referir àqueles mecanismos e processos que permitem um intercâmbio de informações entre esses tribunais, já que parte considerável das suas jurisdições são coincidentes, e que ambos podem ser chamados, nos limites de suas competências, a opinarem ou decidirem litígios envolvendo questões relativas aos direitos humanos, o que indica a necessidade de uma harmonização de jurisprudências.

Tal harmonização, que não deve ser confundida com uniformização (dado à independência desses tribunais), tem como seu maior instrumento, no plano formal, a adesão da União Europeia à CEDH (aplicada, prioritariamente, pela Corte EDH) e, no plano material, o crescente processo de fertilização e fecundação cruzadas na aplicação e interpretação das normas de proteção à pessoa humana, e o diálogo de juízes entre o TJUE e a Corte EDH.

A adesão da UE à CEDH pode ser considerada como o esperado desfecho de um longo processo de aproximação do direito comunitário com a temática dos direitos humanos, de cuja ocupação foi pioneira, em termos regionais, o Conselho da Europa. Como já tivemos a oportunidade de expor, tal aproximação paulatina foi sendo marcada pela introdução de dispositivos sobre o tema nos tratados e demais normas de direito comunitário, inclusive com a consideração da proteção aos direitos humanos como objetivo da UE e princípio geral do direito comunitário, mas ainda faltava uma melhor definição sobre tais direitos para o cidadão da UE, o que pode ser alcançado, também, com a adesão à CEDH.

Alguns estudiosos do direito comunitário defendiam, desde muito cedo, as vantagens dessa adesão, destacando que, apesar da existência de uma proteção aos direitos humanos em nível comunitário, devido às constantes referências da *Corte de Luxemburgo* (TJUE) à CEDH, estas não faziam uma verdadeira aplicação deste instrumento, limitando-se a

²²³ *idem*, p.138-143.

considerar suas disposições principais como fonte de inspiração.

Por consequência, as normas jurídicas da CEDH não eram aplicáveis por sua própria força jurídica, e a ocorrência de conflitos entre as normas da CEDH e as normas comunitárias também eram previsíveis e frequentes. Ademais, do ponto de vista da UE, haveria uma certeza quanto às normas gerais (ainda que não se possa esquecer os resultados alcançados pela evolução jurisprudencial); e poderia ser estabelecido também um catálogo específico de direitos fundamentais do cidadão europeu, garantido-lhes uma maior segurança jurídica²²⁴.

Assim, o processo de integração estimulado pela adesão poderá garantir aos cidadãos europeus o gozo de um sistema mais completo de direitos humanos, em relação ao que já está em vigor em seus Estados-membros (a nível doméstico e comunitário), superando um obstáculo considerável na formação de uma verdadeira comunidade de direito. Esta completa integração não poderia existir à margem da proteção dos direitos fundamentais, inclusive porque o risco de conflito ameaçava o reconhecimento do princípio da primazia do direito comunitário²²⁵, tão caro a este sistema jurídico, eis que, segundo o regime jurídico do DIDH, na hipótese de violação de direitos humanos, deve ser aplicada a norma mais favorável ao indivíduo, e não aquela decorrente do ordenamento jurídico da UE ou de qualquer outro em conflito.

A importância crucial da adesão está em que, no âmbito comunitário, a CEDH passará a ter o mesmo *status* de direito comunitário, ou seja, efeito direto, e passará a ser aplicada como fundamento jurídico normativo, e não apenas como inspiração, também nas sentenças do TJUE. Isso representa a extensão que pode decorrer da adesão não apenas em relação às normas em sentido substancial, mas também no que diz respeito aos sistemas de controle, aqui incluídas as funções jurisdicionais respectivas, que ganhariam um reforço contra as possíveis contradições em suas decisões sobre temas correlatos.

Assim, em apertada síntese, a adesão tem potencial para promover, por tais mecanismos, um alargamento inédito e necessário da proteção dos direitos humanos em relação aos atos derivados do direito comunitário, preenchendo uma antiga lacuna, e facilitando também as interações e harmonização das jurisprudências dos *tribunais de Luxemburgo e Estrasburgo* (Corte EDH), que podem ser aprimoradas também por outros processos, como os da fertilização e fecundação cruzadas e do diálogo de juízes entre o TJUE e a Corte EDH.

²²⁴ RAMOS, 1996. *Op. cit.*, p. 05-19.

²²⁵ RAMOS, 1996. *Op. cit.*, p. 05-19.

A normatização internacional dos direitos humanos, como se pode inferir do exposto, inclusive aquela presenciada em âmbitos regionais, gera fenômenos complexos, dado à sua expansão desparametrizada, muitas vezes em origens distintas e com propósitos divergentes, como se pode verificar, por exemplo, nos contrastes entre as normas relativas à proteção do direito ambiental, e as do direito internacional econômico²²⁶.

Acompanhando essa inflação normativa, pode existir também uma inflação de meios de garantia dos direitos protegidos por tais normas. Neste sentido, novos órgãos e mecanismos de controle são criados, e levados a participar do fenômeno de interação entre as normas internacionais relativas aos direitos da pessoa, tanto quanto da fertilização cruzada e da fecundação cruzada que podem ocorrer. Tais interações entre as normas internacionais de proteção, notadamente pelo método de comparação²²⁷, permitem às normas e aos órgãos de interpretação destas últimas, de encontrar um eco entre outros componentes do direito da pessoa humana ou de se apoiar sobre as concretizações já existentes para se desenvolver²²⁸.

Desse modo, dois dos efeitos decorrentes e eventualmente esperados da utilização do método comparativo são a fertilização cruzada e a fecundação cruzada, fenômenos em virtude dos quais o encontro de elementos do direito internacional da pessoa humana, oriundos de diferentes sistemas jurídicos, conduz ao enriquecimento recíproco, seja por meio do substrato que nutre as normas, seja por seu mecanismo de reprodução²²⁹.

Acreditamos que esses dois efeitos, a fertilização e a fecundação cruzadas, ocorreram na aproximação entre as normas de proteção aos direitos humanos integrantes dos dois sistemas instituídos no cenário europeu: o *internacional*, abrangente da quase totalidade dos Estados do continente, e conformado pela CEDH; e o *comunitário*, em franca expansão, normatizado pelos tratados e instituições da UE que, com seus poderes de decisão supranacionais, edita normas de aplicação preferencial aos direitos dos Estados-membros e aos cidadãos europeus, exercendo assim uma articulação de supranacionalidade normativa.

Por outro lado, versando tais normas sobre um mesmo substrato fático - os direitos

²²⁶ A multiplicação de normas no domínio dos direitos internacionais da pessoa humana, a variedade de suas fontes, as diversas organizações no seio das quais elas são consagradas e sua fragmentação geográfica geram um risco de fracionamento do *direito internacional da pessoa humana*. TURGIS, 2010. *Op. cit.*, p. 54. Tradução livre.

²²⁷ O método comparativo é visto como a prática de uma técnica que repousa sobre a comparação, a confrontação, o *recoupement* de normas ou de jurisprudências internacionais para responderem a uma problemática relativa aos direitos internacionais da pessoa humana, podendo oferecer aos atores desse direito os argumentos justificadores ou confirmadores tanto de sua existência quanto das escolhas interpretativas realizadas. TURGIS, 2010. *Op. cit.*, p. 20. Tradução livre.

²²⁸ *idem*, p. 19-20.

²²⁹ *ibidem*, p. 20.

da pessoa humana - e sendo certo que essas interações podem existir em todas as fases da existência da norma (como em sua consagração, aplicação e interpretação²³⁰), foi necessário o uso da criatividade para desenvolver mecanismos institucionais, formais ou informais, de comunicação entre os tribunais desses dois sistemas, que podem ser resumidos no fenômeno do *diálogo de juízes*.

O *diálogo de juízes*, entendido como a existência dessa comunicação, seja ela presencial, através de encontros ou congressos jurídicos entre os juízes de diferentes tribunais, ou ainda por meio do acolhimento, nas decisões, de argumentos e institutos definidos em decisões de outros tribunais (seja expressa ou implicitamente), não é exclusividade do continente europeu, podendo ser detectada entre os mais variados tribunais, internacionais ou domésticos em matéria de direitos humanos²³¹.

A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, por exemplo, passou por uma evolução a favor da abertura às fontes concorrentes em matéria de direitos da pessoa humana nos últimos anos, mas ainda é reticente e prefere, com frequência, descartar a questão, porque os juízes internacionais se recusam a tornar-se membros de um *tribunal mundial de direitos humanos*. Mas, quando tem de abordar a questão, a CIJ hesita em utilizar a sua jurisprudência e, ainda mais, a dos órgãos regionais de proteção, o que pode ser explicado pela necessidade de se apoiar em fontes aplicáveis a todos os Estados. Quanto à Corte EDH, o recurso à interpretação cruzada havia sido flutuante, pois a Corte EDH era mais reticente que a Comissão EDH a utilizar esse método. Atualmente, a nova Corte EDH usa regularmente e com abundância da interpretação cruzada, que se tornou um método banal de interpretação, inclusive em relação à jurisprudência do TJUE, também sendo frequente verificar o movimento em sentido contrário²³².

Assim, o diálogo de juízes entre o TJUE e a Corte EDH serve como instrumento

²³⁰ Essa interação na fase de interpretação das normas pode assumir a forma de uma interpretação cruzada, no sentido de os órgãos de decisão empregarem argumentos desenvolvidos por outros órgãos de aplicação de normas de direitos humanos.

²³¹ Na lição de Sandrine Turgis, são os órgãos internacionais de interpretação e controle que lideram as interações entre as fontes internacionais e os efeitos da fecundação cruzada quando se trata de interpretação cruzada, porque eles são os atores do diálogo de juízes. São eles que decidem sobre dar efeito ou não a uma proposta de abertura a um *corpus* externo. Contudo, a utilização de fontes externas pelos órgãos não jurisdicionais não é igual àquela dos órgãos jurisdicionais, sendo mais importantes para os primeiros que para os segundos. Os órgãos não jurisdicionais podem ser de dois tipos: os órgãos não convencionais que não são dedicados ao exame de uma determinada convenção e que fazem uso intensivo da técnica que emprega o *corpus* externo (porque não tem competência de guarda de um conjunto normativo bem definido); e os órgãos convencionais que são encarregados de assegurar o respeito a uma convenção em particular e fazem uso variável do recurso a um *corpus* externo. TURGIS, 2010. *Op. cit.*, p. 88. Tradução livre.

²³² *idem*, p. 103-105, e p. 117-119. Tradução livre.

importante de harmonização de suas jurisprudências em matéria de direitos humanos, o que se tornou um caminho irreversível após a adesão da UE à CEDH, e também dado à relevância política e ideológica do tema no contexto de aprofundamento da democracia e solidariedade na Europa, processo formalizado pela UE, mas que não poderia ser esquecido sem o risco de estagnação da integração completa visada pelos Estados-membros da UE e cidadãos europeus.

Em linhas gerais, a União Europeia, com seu ineditismo ao instaurar a primeira comunidade supranacional do globo, trouxe consigo uma intrincada teia de questões complexas a serem solucionadas, com matizes políticas, sociológicas, culturais, de relações internacionais, e jurídicas de alta importância. Algumas delas já foram relativamente bem equacionadas pelo direito comunitário, como, por exemplo, a normatização gerada para a implementação da moeda comum, o *Euro*, enquanto outras ainda desafiam a criatividade e capacidade de articulação política dos juristas. Dentre elas, a questão da proteção aos direitos humanos evoluiu, aos poucos, porém de forma crescente e constante, da irrelevância (ao menos formalmente, em termos de previsão normativa), para a centralidade dos assuntos do qual depende o futuro da UE.

Ocupando, assim, a *ordem do dia* dos assuntos que interessam à UE, a proteção aos direitos humanos demandou que soluções à altura da importância e complexidade do tema fossem geradas, como se viu nos debates que precedem a adesão da UE à CEDH²³³, e a promulgação da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, e que ainda ocorrem no quadro das instituições europeias.

A tônica desses debates sempre envolve a busca de encontrar o difícil equilíbrio entre atender as exigências de um mercado globalizado cada vez mais competitivo (e sofrendo as consequências de uma crise econômica ainda não totalmente superada), e saciar a crescente cobrança dos cidadãos europeus por uma concreta efetivação de direitos fundamentais, inclusive daqueles que demandam prioritariamente prestações positivas e políticas públicas, da qual não escapa a União Europeia, sob pena de agravar a sua crise de legitimidade.

Contudo, podemos concluir que, em termos de garantias e acesso à proteção judicial

²³³ Na visão de Renato Zerbini Ribeiro Leão, uma previsão quanto ao futuro do sistema europeu de proteção aos direitos humanos depende, considerando a estrutura atual, da consideração de duas dimensões, uma pertencente ao âmbito do Conselho da Europa, e outra vislumbrando a realidade da União Europeia. E, de outro modo, podemos buscar analisar um cenário onde essas duas dimensões são redimensionadas. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de los derechos humanos em materia de los derechos económicos, sociales y culturales**. Porto Alegre: Núria Fabris., 2009, p.358. Tradução livre.

de direitos humanos no cenário regional e comunitário da Europa, existe uma crescente evolução e harmonização de jurisprudência sobre o tema. O destaque deve ser conferido para a construção em camadas, pelo método comparativo, de normas de direitos humanos no contexto europeu, e, ainda, para o diálogo de juízes entre o TJUE e a Corte EDH, que contribuem para o processo de ampliação da proteção dos direitos humanos conferida ao cidadão europeu.

Importante também realçar que a estrutura orgânica dessas instituições e do quadro geral em que estão inseridas visa também a garantir que haja um equilíbrio democrático no ajuste das diferenças entre povos e Estados que formam a Europa, do qual a temática dos direitos humanos não poderia prescindir.

Também ocorre semelhante fenômeno, de interação institucional, desde o momento de elaboração normativa, passando pela forma de atuação dos órgãos de controle, até o uso de referências cruzadas na jurisprudência, entre os sistemas europeus de proteção aos direitos humanos, especialmente o *Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos* e o *Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*, o qual, temperado pelas particularidades da região latino-americana, é fortemente inspirado e influenciado pelo primeiro.

3.4 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS (SIDH)

A *Organização dos Estados Americanos*²³⁴ é uma organização internacional, de âmbito regional, criada por um tratado multilateral, a *Carta da Organização dos Estados Americanos*²³⁵, e no seio da qual foi estabelecido o *Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*²³⁶. Esse sistema remanesceu aperfeiçoado, posteriormente, com a

²³⁴ A Organização dos Estados Americanos (OEA), surgida pela transformação da antiga *União Panamericana*, no contexto da Guerra Fria, tem amplos objetivos, estabelecidos na Carta de Bogotá, de 1948, quais sejam: garantia da paz e da segurança internacionais, cooperação e ação solidárias, promoção da democracia representativa, promoção dos direitos humanos e erradicação da pobreza, desenvolvimento econômico e social e prevenção de conflitos e busca de solução pacífica de controvérsias.

²³⁵ A Carta da OEA apresenta os direitos e deveres dos Estados que integram a organização internacional (atualmente são 35 Países), principalmente no Capítulo IV, e pode ser considerada bastante avançada nessa matéria. GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 13-15.

²³⁶ É importante reiterar que o SIDH consagra a obrigação geral de respeito aos direitos da pessoa humana por

elaboração e a adesão, pela maioria dos Estados-membros da OEA, da *Convenção Americana de Direitos Humanos*.

Essa evolução normativa deu ao SIDH um caráter duplo, pois, atualmente, concebe-se como integrado, simultaneamente, por um plexo sistemático geral, baseado na *Carta da Organização dos Estados Americanos* e na *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, válido para todos os Estados-membros da organização; e um subsistema jurídico mais reduzido, qual seja, o que abrange somente os Estados signatários da *Convenção Americana de Direitos Humanos* e inclui os procedimentos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH (esta ainda mais restrita, pois somente exerce jurisdição em relação aos Estados que aceitam especificamente a cláusula facultativa que a estabelece).

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos foi, assim, desenvolvido progressivamente no âmbito da estrutura da Organização dos Estados Americanos, e elaborado para, no contexto regional das Américas, oferecer proteção aos direitos humanos em geral, sejam estes civis, políticos, econômicos, sociais, ou culturais e sempre na perspectiva da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.

Os órgãos principais do SIDH compreendem a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, com atuações conjuntas - mas nem sempre harmonizadas - em suas tarefas relativas à responsabilização internacional de Estados violadores de direitos humanos dos trabalhadores e à reparação de eventuais danos sofridos pelas vítimas dessas violações, com destaque para a sua atuação na América Latina e Central.

O conjunto normativo que justifica essa atuação do SIDH, inclusive como ampla regulação também de direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), é formado pelos seguintes textos jurídicos:

- (i) *Carta da Organização dos Estados Americanos* (1948);
- (ii) *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* (1948);
- (iii) *Convenção Americana de Direitos Humanos* (CADH, também conhecida como

parte dos Estados, que é implementada por dois sistemas distintos de responsabilização estatal: o primeiro é o sistema geral da Organização dos Estados Americanos, que se baseia na Carta da OEA e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, sendo aplicável a todos os membros dessa organização internacional; o segundo aplica também as disposições da CADH, além das normas anteriormente citadas, a um número mais restrito de Países, e conta com um órgão jurisdicional, a Corte IDH. RAMOS. André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos. Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 213-214. Sobre esse segundo sistema e sua jurisprudência em matéria de DESC é que trataremos neste estudo.

*Pacto de San José da Costa Rica*²³⁷, de 1969);

(iv) *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (mais conhecido como *Protocolo de San Salvador*, do ano de 1988), e

(v) *Carta Social das Américas* (2012).

Contudo, apesar da extensão deste *corpus* jurídico próprio do SIDH, nada impede e, ao contrário, recomenda-se a aplicação de tratados de âmbito global, quando o caso assim o exigir, como a *Declaração Universal de Direitos Humanos* (1948) ou, por exemplo, como se pode observar na reiterada jurisprudência da *Corte Interamericana de Direitos Humanos*²³⁸, a *Convenção n.169 da Organização Internacional do Trabalho*. Isso porque, no sistema regional americano, prevalece o entendimento de que todo e qualquer instrumento que proteja os direitos humanos, cumpridos os requisitos procedimentais ou formais, afigura-se como objeto de consideração e interpretação pelos órgãos do SIDH quando da análise de um caso concreto²³⁹.

Tal característica revela uma abertura a outros sistemas e subsistemas de proteção de direitos humanos. Convém observar, contudo, que alguns Estados de grande influência política e econômica na região ainda não aderiram à Convenção Americana de Direitos Humanos, a exemplo do Canadá e dos Estados Unidos da América, o que torna o sistema da CADH consideravelmente mais restrito que o geral, além de ter um impacto negativo na expansão dos direitos humanos no continente americano, em termos não somente jurídicos como de valorização da *força simbólica* desses direitos²⁴⁰.

Porém, especialmente entre os Países da América Latina e Central, o nível de adesão

²³⁷ Os direitos civis e políticos previstos no *Pacto de San José da Costa Rica* são enunciados da seguinte forma (arts. 3o. ao 25): direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; direito à vida; direito à integridade física; proibição da escravidão e da servidão; direito à liberdade pessoal; garantias judiciais; princípio da legalidade e da retroatividade; direito à indenização, no caso de haver sido condenada em sentença transitada em julgado, por erro judiciário; proteção da honra e da dignidade; liberdade de consciência e de religião, liberdade de pensamento e de expressão, direito de retificação ou resposta; direito de reunião; liberdade de associação; proteção da família; direito ao nome; direitos da criança, direito à nacionalidade; direito à propriedade privada; direito de circulação e de residência; direitos políticos; igualdade perante a lei; e proteção judicial.

²³⁸ Quanto ao tema, Roberto Caldas cita, como exemplos de aplicação de tratados internacionais de âmbito global a casos julgados pela Corte IDH, os seguintes casos: *caso Comunidade de Yake Axa contra o Paraguai*, com sentença de 17 de junho de 2005, e *caso Povo indígena Kichwa de Sarayaku contra o Equador*, com sentença de 27 de junho de 2012. CALDAS, Roberto. **El Papel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos em Matéria de Direitos Sociais**. Revista da Associação Latino-Americana de Juízes do Trabalho – ALJT. Ano VII, n. 9, 2013 p.42-44. Tradução livre.

²³⁹ CALDAS, Roberto. *Op. cit.*, p. 42-44.

²⁴⁰ NEVES, 2008. *Op. cit.*, p. 417-450.

ao sistema da CADH é muito grande, quase integral, para prestígio da Corte IDH, cuja competência jurisdicional foi reconhecida por vários membros da OEA. O Brasil, dentre eles, aderiu ao SIDH em 1992, mas somente reconheceu a competência da Corte IDH em 1998, e atualmente conta com algumas condenações em seu desfavor.

3.4.1 A Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Com IDH e Corte IDH)

Os dois órgãos principais do SIDH, ou seja, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, contam com estrutura, atribuições, e procedimentos específicos, previstos em seus regulamentos e estatutos. A Com IDH tem a função principal de promover o respeito e a defesa dos direitos humanos na região, servindo como órgão consultivo da OEA, dando curso a demandas individuais quando se alega violações a direitos humanos, preparando informes sobre a situação de tais direitos nos Estados-membros da OEA, realizando estudos e propondo medidas para sua adoção pela OEA.

Pelo procedimento previsto pelo SIDH, aos indivíduos facultam-se formular, por meio de procuradores, de representantes, ou mesmo diretamente, denúncias à Com IDH de violações de direitos humanos, conquanto que observado o prazo máximo de seis meses, contados da notificação da decisão final que representa o esgotamento dos recursos internos.

Caso constada a violação denunciada, e preenchidas as condições de admissibilidade previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos²⁴¹, a Com IDH poderá adotar medidas cautelares, encaminhar o caso à Corte IDH, e também a esta solicitar a adoção de medidas urgentes ou provisórias para a Corte IDH, com o objetivo de evitar o perecimento de direitos. No tocante ao exame de denúncias de violações a direitos humanos, a natureza dos procedimentos adotados permitiu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos uma análise *plástica, flexível*, com o fim de se evitar a pronta rejeição de certas comunicações com base nas condições de admissibilidade, como, por exemplo, a desnecessidade do prévio esgotamento dos recursos internos e, assim, valer-se do uso de presunções mais favoráveis aos

²⁴¹ São eles: o esgotamento dos recursos internos, a ausência do decurso de seis meses entre a notificação do esgotamento dos recursos internos e a denúncia, ausência de litispendência internacional, e ausência de coisa julgada internacional. RAMOS, 2012. *Op. cit.*, p. 209.

reclamantes, neste particular, o que é abertamente defendido por alguns juristas²⁴².

Contudo, ainda hoje, quando o Estado-réu não reconhece a competência jurisdicional da Corte IDH, o caso é encerrado na *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, após os procedimentos previstos para este órgão no SIDH, uma vez que não se legitima, na moldura convencional pautada no respeito à soberania, ser levado a julgamento pela Corte.

Por sua vez, a Corte IDH é uma instituição jurisdicional autônoma, cujo propósito comporta aplicar e interpretar a *Convenção Americana de Direitos Humanos*²⁴³. Para tanto, tem funções jurisdicionais, relativas à resolução de casos contenciosos e à adoção de medidas provisionais para a proteção do direito à vida e à integridade física²⁴⁴. Isto, como já mencionado, somente em face de casos envolvendo denúncias relacionadas a violações por Estados que aceitaram a cláusula facultativa de estabelecimento de jurisdição, e de funções consultivas, exercidas com a emissão de pareceres sobre o conteúdo e o alcance das normas referidas na convenção.

Em funcionamento desde a aprovação da primeira versão de seu Estatuto, em 1980, a Corte IDH apresenta atualmente um número expressivo de casos julgados (são mais de duas centenas de sentenças emitidas²⁴⁵) e logra adquirir importância política na medida em que as suas decisões têm estimulado - ou servido de parâmetro comparativo para - a promoção, inclusive, de amplas reformas nas legislações internas (o que nem sempre, contudo, se faz acompanhar de efetiva mudança social nos Estados que a promovem).

O processo na Corte IDH para julgamento de uma suposta violação aos direitos humanos previstos na CADH somente se promove em face de Estados que reconheceram expressamente sua jurisdição²⁴⁶, e não contra qualquer e indistinto membro da OEA, com já destacamos acima, o que prejudica a harmonização das normas de direitos humanos no contexto americano, já que muitos Estados membros dessa organização internacional não aceitam a jurisdição da Corte e, assim, suas legislações domésticas e as aplicações destas e das normas internacionais por eles ratificadas ficam fora do campo de atuação desta instituição.

²⁴² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1997, v. III, p. 39.

²⁴³ Conforme o teor do art. 33 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

²⁴⁴ Conforme o disposto no artigo 63.2 da CADH, desde que as medidas adotadas sejam consideradas pertinentes em casos de extrema gravidade e urgência, e para evitar danos irreparáveis a pessoas.

²⁴⁵ Todas as sentenças já proferidas pelo Corte IDH desde o início de seus trabalhos estão disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 25 de junho de 2013.

²⁴⁶ Conforme previsão do art. 62 da CADH.

Quanto aos juízes da Corte IDH, somente os Estados que aderiram à CAD possuem a atribuição de indicá-los e tais magistrados, a partir da atuação no tribunal internacional, ficam impedidos de participar de julgamentos contra seus Estados de origem, como medida obstativa de ingerências políticas de qualquer ordem, eventualmente factíveis de serem perpetradas por Estados-membros acusados. Sem embargo, o impedimento busca fortalecer a imparcialidade dos juízes interamericanos.

Quanto ao *iter* de apuração formal, o procedimento interamericano em vigor é *bifásico*, tal qual o antigo modelo europeu, posto que os reclamantes encontram-se obstados de levar diretamente suas demandas à Corte IDH, cabendo, à vista disso, à Com IDH o *múnus* de decidir, em fase anterior, sobre a possibilidade de judicialização do caso. Todavia, essa verdadeira *barreira de admissão* tem sido objeto de severas críticas e de propostas de reforma no SIDH, sob o argumento de ter caráter antidemocrático, firmado na premissa de que o indivíduo deveria ter acesso direto à Corte IDH, para escapar da possibilidade de *não ver o seu caso selecionado* (nem sempre por razões objetivas e expressas com transparência), e, assim, buscar a proteção adequada de seus direitos²⁴⁷.

Contudo, com o advento do novo *Regulamento da Corte IDH*, em 2010, foi realizado um esforço para que as vítimas de violações fossem transformadas em autoras do processo internacional, e não em meras expectadoras sem capacidade de participação ativa, e, nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos atuasse como uma espécie de *custos legis*. Assim, pelo atual regramento processual, as vítimas serão intimadas para apresentar a *petição inicial*, narrando os fatos e argumentos jurídicos relativos à ofensa de direitos humanos, no prazo de dois meses.

Dando continuidade aos procedimentos, o Estado acusado é notificado para oferecer sua *defesa*, em igual prazo, incluindo eventuais exceções preliminares que deseje apresentar perante a Corte IDH. Em seguida, aporta-se o início da fase probatória do processo, atualmente concentrada em uma *audiência pública*, com procedimento essencialmente oral, redução do número de testemunhas ouvidas para dar celeridade ao processo, e oportunidade para a apresentação das alegações finais, com possibilidade de *réplica* e *tréplica*.

Após esses procedimentos, que também podem incluir a produção de prova técnica por um perito especializado, quando o caso assim o exigir, e sendo inviável a solução

²⁴⁷ O tema também foi objeto de reforma legislativa no ano de 2000, objetivando uma maior transparência na seleção dos casos pela CIDH, quando se estabeleceu que não mais deveriam ser observados os critérios, na análise dos casos a serem enviados à Corte IDH, da existência de precedentes, qualidade das provas, e impacto do caso, prevalecendo apenas o critério cronológico de apresentação da denúncia perante a CIDH.

amistosa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferirá uma *sentença*, caracterizada como definitiva e inapelável, cabendo apenas, em caso de dúvida sobre o alcance ou o sentido da decisão, um *pedido de interpretação*, no prazo de 90 dias (de modo semelhante aos embargos de declaração previstos na legislação processual brasileira).

Para garantir o cumprimento integral de suas sentenças, o que é obrigatório no SIDH, mas dificilmente é verificado na prática, a Corte adotou um mecanismo de supervisão do cumprimento de suas deliberações, conhecido como *follow up*. Essa prática funciona com base na apresentação contínua de relatórios pelo Estado-réu sobre o andamento das medidas adotadas para dar cumprimento a tais decisões, que podem ser complementados ou refutados por observações das vítimas, de seus representantes, da Com IDH, e até mesmo por outras provas, como perícias técnicas ou realização de audiências para que o Estado-réu explique as medidas adotadas, a serem determinadas pela Corte IDH²⁴⁸.

Em que pese a ausência de autoexecutoriedade e de coercibilidade direta de suas decisões, ampla é a margem de competência para a análise de casos sobre violações de direitos humanos deferida à Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo *Pacto de São José da Costa Rica*, consoante artigos 52 a 69, preceptivos estes que definem todos os procedimentos, desde o recebimento do caso *sub examine* às espécies de sentença, conforme já destacamos acima.

Deve-se observar, porém, que, devido aos limites impostos pela soberania dos Estados-membros sujeitos à jurisdição da Corte IDH, não existem outros mecanismos que possam ser adotados, no âmbito da OEA, para garantir ou substituir a ação estatal de cumprimento das decisões, o que torna crucial, para a efetividade do SIDH, a consideração dos fatores políticos envolvidos, uma vez que, em última instância, somente o Estado-réu pode dar efetiva execução das medidas objeto de condenações em casos submetidos à Corte IDH.

3.5 CONSIDERAÇÕES COMPARATIVAS ENTRE OS SISTEMAS REGIONAIS

Como se pode perceber de uma descrição do procedimento de análise de violações a

²⁴⁸ Para conferir estes e outros aspectos sobre o procedimento dos casos submetidos à Corte IDH, ver RAMOS, 2012. *Op. cit.*, p. 30 e p. 224-240.

direitos humanos no SIDH, o modelo original do SEDH foi copiado, quase na íntegra e, posteriormente, adaptado às particularidades políticas e jurídicas do contexto americano. Contudo, devido às falhas e limitações naturalmente decorrentes de um sistema jurídico pioneiro, sem parâmetros anteriores ou dados empíricos em que se basear, o sistema europeu praticamente entrou em colapso em seu crescimento, e precisou ser reformulado para ganhar mais acessibilidade, caráter democrático, celeridade, efetividade e, conseqüentemente, legitimidade perante seus jurisdicionados.

Neste sentido, o SEDH foi e continua a ser, gradualmente, dotado de um desenho institucional adaptado às exigências de uma maior correspondência entre a teoria e a prática dos direitos humanos, em um esforço de elaboração de novas instituições, instrumentos jurídicos e métodos e critérios interpretativos inovadores, como o uso da margem nacional de apreciação, para atender às correspondentes missões institucionais, porém nem sempre atendendo às expectativas de seus destinatários, estudiosos e críticos.

Por outro lado, o sistema interamericano, apesar de já ser considerado, quase que à unanimidade, como colapsado, pouco eficiente, demorado, ainda mantém características originais quase intocadas, e comprovadamente pouco eficazes, como o procedimento bifásico, que impede o acesso direto das vítimas de violações a direitos humanos à Corte IDH, causando um represamento de processos e muito atraso em seus cursos. Além disso, a manutenção desse represamento também tem implicações políticas pois, devido à aplicação pouco transparente de critérios para a seleção dos casos que serão encaminhados à corte, a Corte IDH acumula um poder de ingerência política excessivo em um sistema de controle que se quer fazer jurisdicional, como o da Corte EDH.

Tais características do SIDH geram conseqüências negativas. Incluem, sob essa óptica, a percepção de que pouco dos objetos de condenação nas sentenças proferidas pelos juízes interamericanos se cumpre e isto, aliado à facultatividade da cláusula que estabelece a jurisdição da Corte IDH (não aderida por Estados de grande importância política e cultural no contexto americano, como o Canadá e os Estados Unidos), e à lentidão nos julgamentos, importa a identificação de uma *crise de efetividade e legitimidade da Corte IDH*.

Essa crise é frequentemente agravada quando a postura extremamente ativista de alguns juízes implica em condenações tão inovadoras e pouco embasadas no texto da CADH, que não encontram apoio na maioria dos Estados signatários da CADH, por contrariarem diretamente específicos direitos nacionais, e por vezes, a própria normatização regional, o que

provoca crítica até de entusiastas do sistema, por perceberem o risco de enfraquecimento do modelo interamericano, por redução de seu alcance político, social e jurídico.

A não adoção da margem de apreciação no SIDH, consoante mencionado, ou de outro instrumento jurídico que permita considerar as diferenças entre os Estados, também contribui para essa crise de efetividade e legitimidade da Corte IDH, cuja jurisprudência parece, em muitos casos, crer ser possível uma ilusória e despropositada padronização da regulação dos direitos humanos no continente, contrariando todas as dificuldades teóricas que a proposta implica, as particularidades relevantes de cada um dos Estados signatários, e, não obstante, as deficiências estruturais do sistema regional americano.

Discute-se também se a seleção dos casos que serão levados à Corte IDH pela Com IDH, com o declarado propósito de possibilitar a geração de decisões que contenham padrões internacionais de aplicação dos direitos humanos no contexto regional não configuraria uma espécie de uso da margem nacional de apreciação, eis que restam ordinariamente selecionados casos cujos pontos controversos merecem ser destacados como objeto de preocupação do SIDH (e com isso ganharem a atenção das mídias e da sociedade civil), ou carecem de uma harmonização nos diversos sistemas jurídicos domésticos.

Não nos parece ser esse o caso, uma vez que o uso da margem nacional de apreciação, tal qual desenhado na Corte EDH, é uma *via de mão dupla*, tanto a ser aplicada em casos onde não existe harmonização nos diversos sistemas jurídicos domésticos dos Estados europeus (e então a margem será larga), ou em casos onde tal harmonização existe (e aqui a margem será estreita), segundo o critério de formação de uma comunidade de valores, também não utilizado no sistema interamericano.

Contudo, apesar dessas ressalvas, não podemos deixar de registrar que a jurisprudência da Corte IDH tem influenciado, em boa medida, as cortes domésticas em matéria de direitos humanos, ao exercerem sua competência de interpretação da CADH (também sendo influenciadas por outros órgãos de controle de direitos humanos, especialmente a Corte EDH, em autêntica *interpretação cruzada*) e, assim, fixarem conceitos, parâmetros e condições de restrição aos direitos humanos, muitos deles incluídos em precedentes jurisprudenciais, e até positivados nas legislações domésticas²⁴⁹.

²⁴⁹ Para Marcelo D. Varela, “Um processo similar pode ser observado na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Há várias situações: a CIDH julga a partir de direitos e garantias individuais previstos nos direitos nacionais ou coloca interpretações próprias, que são adotadas pelos tribunais nacionais. (...) De fato, os padrões de proteção de direitos humanos fixados pela CIDH contribuíram para uma releitura em diversos casos de institutos jurídicos pacíficos, nos judiciários nacionais”. VARELLA, 2013. *Op. cit.*, p. 210.

Nesse particular, temos de esclarecer que a contribuição da jurisprudência da Corte IDH não é uniforme em relação às diferentes espécies de direitos humanos, sendo muito profícua em matéria de direitos denominados *de primeira geração*, ou *negativos*. Contudo, cremos que o mesmo não se pode dizer, por exemplo, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais²⁵⁰, em que se constata uma omissão da jurisprudência da Corte IDH, que raramente declara as suas violações (apesar de, contraditoriamente, frequentemente condenar os Estados em reparações de danos causados por violações desses direitos), exceto quando grupos em situação de maior vulnerabilidade social estão envolvidos, como povos indígenas e crianças.

Por outro lado, as legislações domésticas também vêm sendo gradualmente harmonizadas ao ordenamento supranacional de proteção aos direitos humanos, gerado pelo SIDH, por meio de revisão legislativa, e todas as outras formas de sua modificação, de modo que boa parte dos Estados signatários demonstra interesse em compatibilizar sua ordem jurídica interna aos padrões regionais (esse dever, inclusive, é previsto expressamente na CADH, art. 2º²⁵¹).

No Brasil, por exemplo, já ocorreram importantes alterações legislativas em razão de posições sobre direitos humanos, adotadas pela Comissão e Corte IDH, sempre ampliando o espectro de aplicação desses direitos em benefícios das potenciais vítimas, como, por exemplo, em relação à concessão de licença maternidade em caso de adoção de crianças, em relação à violência doméstica (com a adoção da Lei Maria da Penha, após a condenação do Brasil pela Corte IDH), e também sobre o combate ao trabalho forçado (com a elaboração de várias políticas públicas de enfrentamento dessa violação após o caso José Pereira, objeto de conciliação na Com IDH), dentre outros, que confirmam a expansão da linguagem dos direitos humanos, ainda que se considere que isso se deve apenas à sua força simbólica.

Valendo-se das características próprias, positivas ou negativas, dos sistemas regionais de proteção a que estão vinculadas, as cortes europeia e interamericana de direitos humanos desenvolveram um conjunto de decisões que se pode denominar de jurisprudência, em relação aos direitos sociais, cujo estudo possibilita, neste particular, avaliar, quantitativa e

²⁵⁰ Para um bom panorama da jurisprudência da Corte IDH em matéria de DESC, ver LEÃO, 2009. *Op. cit.*, p. 257-342. O tema será objeto de um estudo mais aprofundado no capítulo 4, item 4.2, desta pesquisa.

²⁵¹ CADH. Art. 2º. - *Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.*

qualitativamente, o resultado ou o panorama que se forma das suas respectivas atuações para a expansão harmônica destes.

4 TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL DAS CORTES EUROPEIA E INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

As cortes internacionais criadas no âmbito do SEDH e SIDH (Corte EDH e Corte IDH, respectivamente), atualmente, são as mais presentes, no âmbito do DIDH, em termos de decisões proferidas em controle da aplicação pelos Estados dos direitos humanos garantidos no pactos internacionais dos quais são guardiãs, inclusive dos direitos sociais. A despeito de serem cortes internacionais com estruturas de funcionamento muito distintas e embasarem-se em normas e métodos de interpretação também estabelecidos de modo muito particular, apresentam em comum a busca pela expansão dos direitos garantidos em seus respectivos sistemas de proteção de maneira harmônica entre os Estados submetidos à sua jurisdição.

As linhas gerais da jurisprudência da Corte EDH em matéria de direitos sociais apontam para um esforço hermenêutico de superação da exclusão formal da judiciabilidade dos direitos sociais no Conselho da Europa, com relativo êxito, uma vez que permitiu o trato detalhado de questões como, por exemplo: direito de organização sindical, negociação coletiva, direito de greve, dentre outros relacionados ao direito à liberdade sindical, o direito à educação de crianças e adolescentes de povos ciganos, o direito à saúde, o direito a benefícios sociais e previdenciários, todos originalmente excluídos do texto expresso da CEDH. Esse processo é visto como sintomático de uma permeabilidade da CEDH aos direitos sociais, por estratégia de atuação da Corte EDH, cujos contornos, ainda indefinidos ou pouco delimitados, demandam um esforço de pesquisa e compreensão pelo estudioso do campo.

Por seu turno, a análise das decisões mais representativas da jurisprudência da Corte IDH em matéria de direitos sociais permite o desenvolvimento de uma tipologia de casos, segundo se trate ou não de alegação de violação a direitos sociais de grupos em situação de maior vulnerabilidade, como crianças, idosos, pessoas com deficiência física ou mental, e povos indígenas, de modo que tal fator interferirá diretamente no resultado das linhas argumentativas selecionadas pelos juízes regionais e, conseqüentemente, no conteúdo material das decisões.

A importância em analisar, ainda que de modo não exaustivo, as linhas gerais da jurisprudência de tais cortes internacionais é possibilitar o diagnóstico sobre o atingimento ou

não dos *objetivos gerais* de expansão harmônica dos direitos sociais, em relação aos sistemas do qual fazem parte (em um fenômeno que pode ser denominado de *harmonização intrassistêmica*) e aos demais sistemas de proteção aos direitos humanos (*harmonização extrassistêmica*), possibilitando uma crescente integração e diálogo entre estes, bem como o diagnóstico, transversal, de êxito (ou fracasso) em relação a objetivos específicos à proteção judicial (constatação de violações e reparação de vítimas) de direitos sociais garantidos na CEDH, CADH, e outros instrumentos integrantes de seus sistemas, textualmente ou por interpretação jurisprudencial extensiva^{252/253}.

4.1 LINHAS GERAIS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EDH EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

As linhas gerais da jurisprudência da Corte EDH, em se tratando de direitos sociais, apontam para uma abertura à proteção judicial desses direitos, por meio de criativos métodos interpretativos, os quais possibilitam uma judiciabilidade material destes no SEDH, mas também para uma heterogeneidade em relação às espécies de direito protegidas, segundo critérios interpretativos por vezes oscilantes e pouco transparentes.

A *Corte Europeia de Direitos humanos* é o órgão de controle jurisdicional com competência exclusiva para interpretar os direitos e garantias previstos neste tratado, bem como analisar os casos de supostas violações a esses direitos. Sua atuação, no âmbito do Conselho Europeu, dá-se em paralelo à atuação do *Comitê Europeu de Direitos Humanos*, que é um órgão de controle não jurisdicional, composto por *experts* independentes e não por juízes, cuja missão principal é supervisionar e controlar a aplicação dos direitos previstos na *Carta Social Europeia* (CSE)²⁵⁴.

Esses dois órgãos de controle, com grande importância na proteção aos direitos

²⁵² Parte relevante dessas questões está ligada ao reconhecimento da exigibilidade jurídica dos direitos sociais, aspecto também problemático do tema, que será abordado apenas de maneira transversal. Para um estudo completo do tema, e sob a óptica do direito comparado, ver, por todos, ROMAN, 2011. *Op. cit.* Tradução livre.

²⁵³ Para um estudo do tema sob o enfoque do direito internacional dos direitos humanos, ver CHATTON, Gregor T. **Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels**. Genève: Schulthess Médias Juridiques SA, 2013. Tradução livre.

²⁵⁴ A *Carta Social Europeia* (CSE), de 18 de outubro de 1961, foi revisada em 3 de maio de 1996. Neste estudo, quando necessário, faremos referência ao texto revisado com a abreviatura CSE.

humanos no continente europeu, e cujas atuações também servem de parâmetro para outros órgãos em outros sistemas de proteção, como o interamericano, bem como em ordenamentos jurídicos nacionais, atuam em colaboração, inclusive em matéria de direitos sociais, sendo muito frequente o uso da jurisprudência, vocabulário, métodos e critérios de interpretação dos direitos humanos desenvolvidos pela Corte EDH pelo comitê. Embora o inverso não seja tão comum, a Corte EDH interage com a atuação do comitê conforme alia a interpretação da CEDH ao sentido dado pelo comitê aos direitos previstos na CSE, ou seja, à jurisprudência do comitê, compondo um verdadeiro sistema de interação por referências cruzadas²⁵⁵.

Especificamente quanto à proteção aos direitos sociais pela Corte EDH, é preciso pontuar que, formalmente, a CEDH protege direitos civis e políticos, e não garante direitos tipicamente sociais, ou seja, os sociais predominantemente prestacionais ficaram excluídos de seu texto, uma vez que, neste tema, apenas enuncia a proibição do trabalho forçado e o direito à liberdade sindical, como ligado ao direito de liberdade de associação²⁵⁶. Cabe ressaltar que a proibição do trabalho forçado e o direito à liberdade sindical, por suas feições marcantes de liberdades negativas, e sua simultânea ligação com o mundo do trabalho, podem ser denominados *direitos mistos*.

Os direitos ditos *tipicamente sociais*, ou *direitos sociais clássicos*, foram elencados na CSE, cuja proteção, formalmente, está a cargo do *Comitê Europeu de Direitos Humanos*, que é um órgão de controle não jurisdicional, como expomos alhures e, a princípio, não gozam de judiciabilidade no âmbito do Conselho da Europa. Tal falta de judiciabilidade dos direitos sociais no SEDH é objeto de antigas e reiteradas críticas por parte de estudiosos do sistema, ativistas de direitos humanos, organizações não governamentais, e também de outros agentes da sociedade civil, que destacam a ambiguidade do sistema em relação a tais direitos, e as diferenças, em parte injustificadas, entre os mecanismos de proteção destes e aqueles conferidos aos direitos civis e políticos.

Os críticos também destacam a influência dessa ambiguidade nos sistemas jurídicos nacionais, onde está refletida de certa maneira, dado ao controle de convencionalidade. Isso porque, dado ao caráter subsidiário da CEDH em relação aos ordenamentos jurídicos nacionais, e o controle de convencionalidade ao qual os Estados se submetem ao aderirem a seus dispositivos, este fica sensivelmente afetado pela ausência de previsão expressa de

²⁵⁵ Sobre as interações entre a atuação da Corte EDH e o Comitê Europeu de Direitos Humanos, especificamente em relação aos direitos sociais, conferir ROMAN, 2012. *Op. cit.*, p. 207-221. Tradução livre.

²⁵⁶ Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), arts. 4 e 11, respectivamente.

direitos sociais na CEDH, eis que a eventual ausência de previsão ou aplicação de direitos sociais a nível nacional será mais dificilmente controlada pelos órgãos de proteção do SEDH.

Contudo, as interações e referências cruzadas entre a jurisprudência da Corte EDH e do Comitê Europeu de Direitos Humanos, bem como os métodos de interpretação integrativa e construtiva, desenvolvidos pela Corte EDH, no bojo de sua peculiar hermenêutica dos direitos humanos sociais, relativizam essa exclusão. Desse modo, em que pese tal limitação formal e bastante significativa da judiciabilidade dos direitos sociais no direito convencional europeu, estes, gradualmente, integraram substancialmente a jurisprudência da Corte EDH, em um relevante processo de expansão dos direitos sociais no cenário europeu.

Para os fins deste estudo, contudo, é importante buscar elementos que demonstrem se tal expansão ocorre de maneira harmônica, ou seja, de modo a favorecer a universalidade dos direitos sociais ou, ao contrário, se a atuação da Corte EDH, marcada pelo uso do mecanismo interpretativo denominado *margem nacional de apreciação* (MNA), não deixa ao puro arbítrio estatal a aplicação dos direitos sociais.

Em outras palavras, o objetivo desta análise transversal, o qual conduziu a seleção de casos e linhas argumentativas a serem destacadas, é traçar um panorama da jurisprudência da Corte EDH, enquanto órgão de controle jurisdicional do SEDH, em relação ao processo de expansão harmônica dos direitos sociais, cuja nota marcante é a judiciabilidade material dos direitos sociais (em contraposição à ausência de judiciabilidade formal dos direitos sociais no SEDH), por uma atuação dos juízes regionais favorável à sua expansão.

Para fazer avançar a proteção dos direitos sociais, a Corte EDH lança mão de métodos de interpretação dinâmicos²⁵⁷, por permitirem uma atualização do sentido das normas convencionais, dentre eles:

- (i) a interpretação integrativa dos direitos sociais ao conteúdo de direitos civis e políticos;
- (ii) a interpretação construtiva do conteúdo de direitos híbridos previstos na CEDH, e
- (iii) o uso da *margem nacional de apreciação*²⁵⁸.

Resumidamente, podemos afirmar que as decisões selecionadas e o estudo das suas

²⁵⁷ Para um estudo aprofundado dos métodos interpretativos utilizados pela Corte EDH, conferir: CASADEVAL, Josep. **El convenio europeo de derechos humanos, el tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia**. Valencia: Tirant lo blanch, 2012, p. 135-167. Tradução livre.

²⁵⁸ Neste sentido, ver NIVARD, 2012. *Op. cit.*, p. 462-550. Tradução livre.

principais linhas argumentativas permitem concluir que o processo de integração dos direitos sociais ao âmbito de proteção da CEDH pela interpretação integrativa e construtiva é mitigado, ou temperado, pelo uso da margem nacional de interpretação, ordinariamente considerada ampla em casos onde se discutem ações ou políticas públicas na seara dos direitos sociais, evitando-se, assim, a imposição de medidas positivas aos Estados.

Desta forma, o uso da margem nacional de apreciação, enquanto método de interpretação, pode ser apontado como um vetor contrário à permeabilidade dos direitos sociais na CEDH e, conseqüentemente, na jurisprudência da Corte EDH, a qual é favorecida pela interpretação integrativa e construtiva desses direitos.

4.1.1 A interpretação integrativa

A judiciabilidade formal dos direitos sociais no SEDH é prejudicada pela limitação textual da CEDH, eis que os sociais predominantemente prestacionais ficaram excluídos de seu texto, o qual somente enuncia a proibição do trabalho forçado e o direito à liberdade sindical, como ligado ao direito de liberdade de associação, e por sua competência exclusiva em relação a esta convenção, a excluir a análise de casos baseados em violações a direitos nela ausentes (inclusive aqueles constantes da CSE).

Tais limitações demandaram um esforço criativo e original dos juízes regionais europeus que, estrategicamente voltados para a preservação da legitimidade do SEDH, a qual poderia ficar seriamente abalada pela eventual exclusão quase absoluta de proteção aos direitos sociais, criaram mecanismos de interpretação que integram substancialmente tais direitos ao âmbito de sua proteção, dentre eles a interpretação integrativa.

O cerne da interpretação integrativa está em descrever como incluídos no conteúdo material dos direitos garantidos pela CEDH outros direitos dele integrantes, decorrentes, ou tidos como condição essencial ao gozo dos direitos garantidos. Por esta via, os direitos garantidos expressamente na CEDH são interpretados de maneira ampla, e direitos sociais originalmente não previstos no texto expresso passam a ser tomados como componentes do conteúdo material da CEDH.

Uma vez que a CEDH expressamente trata de direitos civis e políticos, como já

tivemos a oportunidade de expor, podemos dizer ainda que tal estratégia revela o uso da garantia desses direitos, em sua visão ampliada ou larga, para a proteção indireta de direitos sociais, tal qual é frequente em relação ao *direito à vida privada*, tido como abrangente do *direito ao trabalho* e do *direito a um meio ambiente sadio*, a incluir o *direito à saúde e assistência médica*, ou do *direito à propriedade privada* como base para a análise de casos sobre a privação ou redução de benefícios sociais ou previdenciários (as chamadas *prestações sociais*)²⁵⁹.

Outro viés integrativo dos direitos sociais ao âmbito de proteção da Corte EDH pode ser identificado como uma tendência à *procedimentalização dos direitos materiais ou substantivos*, que também ocorre em sentido inverso, como uma espécie de *substancialização dos direitos e garantias procedimentais*, rompendo com as barreiras (em grande medida artificiais) destas categorias de direitos, à medida que a jurisprudência regional vê como decorrente do *direito a um processo equitativo* (previsto no artigo 6 da CEDH), garantias que demandam um efetivo gozo de direitos sociais prestacionais, como o direito a assistência judiciária gratuita, por exemplo.

Desse modo, a jurisprudência da Corte EDH tende à garantia de direitos materiais com uma argumentação baseada na ausência de observância do devido processo legal, onde o termo *processo* é entendido em sentido amplo para abranger qualquer medida ou procedimento adotado pelo Estado. Baseada nesta linha argumentativa, a Corte EDH busca identificar o conteúdo dos direitos de índole predominantemente processuais ou procedimentais integrantes, condicionantes ou incluídos em outros direitos, de índole material ou substancial, o que possibilita a proteção destes últimos, ainda que não expressamente previstos na CEDH, quando constatada a violação do direito ao processo equitativo.

A decisão da Corte EDH no caso *Airey c. Irlanda*²⁶⁰, de 9 de outubro de 1979²⁶¹, demonstrou a tomada de posição da Corte EDH quanto ao reconhecimento da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pronunciando a inexistência de uma trincheira fechada entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais, em

²⁵⁹ Tal estratégia argumentativa, de uso da garantia de direitos civis e políticos, em sua visão ampliada ou larga, para a proteção indireta de direitos sociais, também está presente na jurisprudência sobre o tema da Corte IDH, com as características peculiares ao SIDH, por vezes com expressas referências à jurisprudência da Corte EDH neste sentido, conforme detalhamos neste capítulo, item 4.2.

²⁶⁰ Optamos por manter o nome dos casos da Corte EDH citados neste estudo no francês, por ser um dos idiomas oficiais da corte europeia, evitando-se, com isso, traduções pouco apropriadas.

²⁶¹ Ver o *Affaire Airey c. Irlande (Requête no. 6289/73)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 15 de outubro de 2014. Tradução livre.

benefício à expansão destes.

Trata-se de caso no qual a vítima desejava obter a separação de corpos em relação a seu marido alcoólatra e que lhe maltratava, mas não tinha condições financeiras para contratar um advogado que conduzisse o processo, nem tampouco de fazê-lo sozinha, devido à complexidade deste. A contratação de advogado, na hipótese, não era obrigatória, mas necessária, e nenhuma assistência judiciária estava prevista pelo Estado acusado, circunstância que, na prática, impediu o acesso da requerente ao sistema judicial da Irlanda.

A Corte EDH, em sua decisão, considerou que a falta de assistência judiciária configurava um entrave ao direito a um processo equitativo (e ao papel que este deve exercer em uma sociedade democrática), com base na efetividade dos direitos garantido na CEDH e em uma interpretação evolutiva desse direito. Isso porque a decisão detalhou que os direitos garantidos convencionalmente não são teóricos ou ilusórios, ao contrário, devem ser concretos e efetivos. Desse modo, a assistência judiciária gratuita deve ser garantida, em determinadas hipóteses, como meio de assegurar a igualdade de acesso à jurisdição²⁶².

Neste sentido, a corte europeia deu os primeiros passos para o longo desenvolvimento posterior no sentido da permeabilidade material da CEDH aos direitos sociais quando decidiu que a interpretação dos direitos (civis e políticos prioritariamente) garantidos pela CEDH não poderia ficar restringida pelo receio de, com isso, afetar-se a esfera dos direitos sociais, econômicos e culturais. Ao contrário, seus conteúdos devem ser atualizados de acordo com as mudanças sociais e evolução das condições de vida dos seus destinatários (em uma interpretação essencialmente dinâmica e evolutiva).

Assim, neste caso, a Corte EDH decidiu que o direito a assistência judiciária gratuita, de índole substancial e prestacional, era decorrente do *direito a um processo equitativo*, pois é indispensável para o gozo do *direito a um recurso efetivo*, em um exemplo da tendência ao fim da separação rígida entre direitos de índole processual e substancial, que não foi objeto de retrocessos na jurisprudência posterior.

No campo das prestações sociais não contributivas, o caso *Gaygusuz c. Autriche*²⁶³, de 16 de setembro de 1996, revela bem a estratégia integrativa de direitos sociais da jurisprudência da Corte EDH, que não rejeitou a análise da controvérsia (predominantemente

²⁶² LÉCUYER, Yannick. **Mémento de la jurisprudence de la CEDH**. Paris: Hachete Livre, 2012, p. 25. Tradução livre.

²⁶³ Ver o *Affaire Gaygusuz c. Autriche (Requête no. 17371/90)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 15 de outubro de 2014. Tradução livre.

relativa a direitos sociais), ao contrário, reafirmou sua competência justificando-a na proteção ao *direito à propriedade privada*, ao considerar tais prestações incluídas no sentido (dilatado) da expressão *bens*, tal qual detalhada no Protocolo 1 da CEDH (art. 1).

Trata-se de importante caso sobre a recusa discriminatória em conceder uma prestação social a um estrangeiro, qual seja, o fornecimento de um abrigo emergencial destinado aos desempregados ao final do direito a uma espécie de *seguro-desemprego*, previsto na legislação nacional da Áustria, e para a qual o requerente preenchia todas as condições. Apesar disso, o benefício social foi negado à vítima pelas autoridades nacionais, sem nenhuma justificação objetiva ou racional.

Em matéria de prestações sociais, e trilhando linhas argumentativas análogas à empregada neste caso, a corte utilizou a proteção expressa da CEDH ao *direito à não discriminação* (art. 14), combinado com o artigo 1º. do Protocolo no. 1, para analisar outros casos²⁶⁴ sobre a redução destas, considerando que os beneficiários cujas prestações foram reduzidas estavam sofrendo discriminação em relação aos demais, redução em seu patrimônio e, portanto, constatar a violação, por via indireta, a este direito de cunho marcadamente social.

Trilhando esse caminho de uma *socialização da noção de bens*, a jurisprudência da Corte EDH irá privilegiar os aspectos de cada caso tocantes a direitos privados, ou seja, aqueles de natureza individual e patrimonial do direito em questão, para estender a proteção convencional a denúncias de violações ao direito de receber prestações sociais, chegando esta às: prestações não contributivas, obrigações de contribuições para a seguridade social, questões ligadas a acidentes de trabalho, aposentadorias, ou ainda pensões por invalidez²⁶⁵.

Em outra aplicação do *direito à não discriminação*, a Corte EDH analisou, por exemplo, uma série de casos relacionados à educação de crianças integradas a famílias ciganas, em diversos Países da Europa, da qual é exemplo mais recente o *caso Orsus c. Croatie*²⁶⁶, de 16 de março de 2010, gerada em decorrência das dificuldades que estas tinham em adaptarem-se a um regime escolar de frequência e avaliações pouco compatível com suas necessidades e estilo de vida. A Corte EDH argumentou pela existência, na hipótese, de uma *discriminação indireta* em relação à população cigana, evidenciada pela desconsideração

²⁶⁴ Ver os casos: *Stec et al.*, de 6 de julho de 2005; *Koua Poirrez*, de 30 de setembro de 2003; *Willis*, de 11 de junho de 2000; *Asmuundsson*, de 12 de outubro de 2004; dentre outros. LÉCUYER, , 2012. *Op. cit.*, p. 25. Tradução livre.

²⁶⁵ LÉCUYER, 2012. *Op. cit.*, p. 35. Tradução livre.

²⁶⁶ Ver o *Affaire Orsus c. Croatie (Requête no. 15766/03)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 15 de outubro de 2014. Tradução livre.

dessas necessidades na elaboração das políticas públicas de educação infantil.

Em mais uma prova da sua tendência a aceitar a judicialização dos direitos sociais, a decisão do caso citado indica a necessidade dos Estados em cujos territórios habitam povos ciganos, ou outros que tenham modos particulares de vida, de tomar medidas positivas que lhes garantam o pleno acesso ao direito à educação, levando em conta suas necessidades particulares ao elaborarem os sistemas nacionais de educação infantil. Assim, novamente estamos diante da proteção (indireta) de um direito tipicamente social, qual seja, o direito à educação, pela via da argumentação baseada em direito cuja feição principal ou tradicional é de liberdade negativa.

Como último exemplo da disposição da Corte EDH, em suas linhas argumentativas a integrar direitos sociais tipicamente prestacionais ao conteúdo dos direitos protegidos pela Corte EDH, observe-se a decisão do *caso Sidabras et Dziautas c. Lituanie*²⁶⁷, de 27 de julho de 2004, no qual o requerente questionou a medida estatal que o proibia de exercer diversos empregos privados. Em criativo uso interpretativo do *direito ao respeito à vida privada e familiar*, a *corte de Strasbourg* argumentou que tal medida retirava do requerente muitas oportunidades de obter o sustento próprio de sua família, o que atingia o desenvolvimento de sua vida privada e, portanto, constatou que houve violação ao direito protegido no artigo 8 da CEDH.

Neste ultimo caso, em que houve, na pratica, proteção ao clássico direito social ao trabalho, bem como nos demais casos citados neste tópico, as linhas gerais da jurisprudência da Corte EDH apontam para a proteção de direitos sociais típicos por meio de uma hermenêutica inclusiva, integrativa de seus conteúdos no âmbito de aplicação de direitos civis e políticos protegidos na CEDH e, portanto, inseridos em sua competência material.

Essa tendência à permeabilidade dos direitos sociais no âmbito de proteção da CEDH é reforçada pelo método de *interpretação construtiva* dos direitos protegidos nesta convenção, que também alarga o espectro de espécies de direitos humanos expandidos no SEDH com base no controle jurisdicional.

²⁶⁷ Ver o *Affaire Sidabras et Dziautas c. Lituanie* (Requêtes nos. 55480/00 et 59330/00). Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 21 de outubro de 2014. Tradução livre.

4.1.2 A interpretação construtiva

O método de interpretação construtiva de direitos pode ser identificado como aquele onde o conteúdo de um direito protegido na CEDH é gradualmente ampliado para abranger outros direitos, não expressamente protegidos, mas que dele são parte integrante. Em outras palavras, poderíamos dizer que o método permite a identificação do núcleo essencial, mas também das diferentes camadas ou níveis de concretização desse direito, ao encontro da visão de que os direitos sociais, por sua complexidade específica, reúnem múltiplos direitos em seus conteúdos, alguns deles indissociáveis (os integrantes de seu núcleo essencial), e outros que podem lhes agregar níveis superiores de efetividade.

Este método, desenvolvido pela Corte EDH, beneficiou a esfera dos direitos sociais e sua judiciabilidade no SEDH, em especial em relação ao direito trabalhista, mais especificamente no campo do direito sindical, que foi objeto de uma série de decisões detalhando seus conteúdos, condições de exercícios dos direitos dele integrantes, critérios de análise e limites a interferência estatal no exercício desses direitos, dentre outros assuntos.

O *direito de liberdade de associação*, previsto no artigo 11 da CEDH, expresso como abrangente do *direito à liberdade de organização sindical*, possibilitou a construção de um conteúdo amplo, a incluir, exemplificativamente, o *direito a fundar e manter organizações sindicais*, a *participar de negociações coletivas de trabalho*, e o *direito de greve*, inclusive no setor público. Essa ampliação demonstrou uma evolução na jurisprudência anterior da Corte EDH, elaborada até os anos 70, quando esta ainda recusava a interpretação do direito à liberdade sindical como abrangentes de outros direitos que não os de fundar organizações sindicais e a elas filiar-se, atendo-se ao sentido literal da CEDH²⁶⁸.

Como exemplo da jurisprudência que transmitia uma interpretação restritiva da liberdade sindical, temos o caso do *Syndicat National de la Policie Belge c/ Belgique*²⁶⁹, de 27 de outubro de 1975, no qual foi requerente um sindicato que questionava a convencionalidade da decisão das autoridades belgas que não lhe reconheciam, apesar de sua forte

²⁶⁸ THOUVENIN, Jean-Marc, e TREBILCOCK, Anne (orgs.). *Op. cit.*, 2013. p. 670. Tradução livre.

²⁶⁹ Ver o *Affaire Syndicat National de la Policie Belge c/ Belgique* (Requête no. 4464/70). Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 23 de outubro de 2014. Tradução livre.

representatividade, excluindo sua participação a favor de seus associados em consultas públicas. A alegação, na hipótese, foi de violação ao artigo 11 da CEDH, que prevê textualmente o direito à liberdade de reunião e associação, inclusive o de fundar sindicatos e de a eles filiar-se para a defesa de seus interesses.

Contudo, a Corte EDH não reconhece a violação denunciada pelo requerente, ao argumento esdrúxulo de que o direito a fundar sindicatos e a eles filiar-se é apenas uma forma ou aspecto peculiar do direito à liberdade de reunião e associação, o que não garante aos sindicatos nem tampouco a seus membros um tratamento específico por parte das autoridades nacionais (tal qual seria o caso do direito a ser consultado por estas). Assim, a decisão reconheceu aos Estados uma larga margem nacional de apreciação na prática do relacionamento das autoridades estatais com os sindicatos e seus filiados, cabendo aos primeiros a escolha dos métodos e instrumentos a serem disponibilizados para a atuação sindical.

Esta jurisprudência, restritiva do conteúdo do direito à liberdade sindical, foi seguida durante alguns anos pelos juízes europeus em casos que questionavam medidas atentatórias ao direito de negociar e concluir convenções coletivas de trabalho²⁷⁰, e ao direito de greve²⁷¹, até ser abandonada no final dos anos noventa²⁷², ao argumento de que o direito à liberdade sindical não é estanque, e tem vocação a evoluir, conjuntamente com as transformações sociais e do dinâmico mundo do trabalho.

Neste sentido, o caso *Sigurdur A. Sirgurjonsson c. Islande*²⁷³, de 30 de junho de 1993, que trata da ação proposta por um taxista que se via exigido a filiar-se a uma associação sindical pelo Estado acusado, quanto ao descumprimento de seu direito à liberdade de associação. Ampliando e reconstruindo o sentido originalmente dado ao conteúdo do art. 11 da CEDH, a Corte EDH entendeu que, além do direito de fundar organizações sindicais e a elas filiar-se (o que identificaria um *direito de associação positivo*), este abrange o direito a não filiar-se ou a desfiliar-se livremente de um sindicato (correspondente ao *direito de associação negativo*).

Esta jurisprudência firmadora de um aspecto negativo da liberdade de associação,

²⁷⁰ Ver, neste sentido, o caso *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, de 6 de fevereiro de 1976. Tradução livre.

²⁷¹ Ver, neste sentido, o caso *Schmidt et Dahlstrom*, de 6 de fevereiro de 1976. Tradução livre.

²⁷² Ver o caso *Gustafsson*, de 25 de abril de 1996. Tradução livre.

²⁷³ Ver o *Affaire Sigurdur A. Sirgurjonsson c. Islande (Requête no. 16130/90)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 23 de outubro de 2014. Tradução livre.

ligado à noção de autonomia pessoal considerada como elemento essencial à liberdade de escolha decorrente do artigo 11 da CEDH foi reiterada em alguns dos casos análogos seguintes, como no caso *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*²⁷⁴, de 11 de janeiro de 2006, e prevalece até a atualidade. Neste caso, dois requerentes, obrigados a filiarem-se a um sindicato específico, beneficiário de um acordo de monopólio sindical no ramo de atividade em questão, para serem admitidos em um emprego privado, questionaram a convencionalidade da imposição.

Nesta hipótese, a Corte EDH considera a margem nacional de apreciação reduzida, contrariamente ao que ordinariamente ocorre no domínio dos direitos sociais, devido à exigência de filiação obrigatória violar a essência do direito à liberdade de associação, em seu aspecto negativo, e à existência de variadas normas internacionais (notadamente convenções da OIT), normas do SEDH, leis nacionais, e textos jurídicos de *soft law* do Conselho da Europa e do Comitê Europeu de Direitos Sociais prevendo a liberdade individual de escolha entre filiar-se ou não a sindicatos.

E também o caso *Demir et Baykara c. Turquie*²⁷⁵, de 12 de novembro de 2008, que trouxe o importante e inédito reconhecimento do *direito à negociação coletiva* como abrangido pela liberdade sindical e associativa, em questionamento de uma medida estatal que determinou a anulação retroativa de uma convenção coletiva. Os membros de um sindicato queixavam-se da desconsideração de uma convenção coletiva de trabalho por seu empregador, a *commune de Gaziantep*, por uma suposta falta de personalidade jurídica do sindicato, da qual decorreria a incapacidade de negociar e concluir convenções coletivas.

A Corte EDH, em sua decisão, estabelece que o direito de gerir as negociações coletivas com os empregadores é um dos elementos essenciais do direito garantido no artigo 11 da CEDH, e que a livre escolha dos Estados reporta-se à organização de seus sistemas e, se for o caso, ao reconhecimento de um *status* especial aos sindicatos mais representativos. Os argumentos empregados são embasados em normas constantes em quatro pilares, que demonstram, mais uma vez, a abertura do SEDH aos outros sistemas de proteção, a saber:

(i) o *direito internacional do trabalho*, especialmente a *Convenção no. 98 da OIT sobre o direito de organização e de negociação coletiva*;

²⁷⁴ Ver, neste sentido, o caso *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, de 11 de janeiro de 2006. Tradução livre.

²⁷⁵ Ver o *Affaire Demir et Baykara c. Turquie (Requête n°. 34503/97)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 05 de novembro de 2014. Tradução livre.

(ii) os textos de *soft law* constantes de recomendações do *Conselho da Europa* e da *Carta Social Europeia*;

(iii) o direito comunitário incluído na *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*;

(iv) a prática dos Estados nacionais, tal qual refletida em suas legislações domésticas, onde muitos deles reconheciam o direito dos servidores públicos de entabular negociações coletivas com a Administração Pública²⁷⁶.

Seguindo o método de aferição da margem nacional de apreciação, e levando em consideração essa notável quantidade e qualidade de normas dos mais variados sistemas jurídicos prevendo o direito dos servidores públicos à negociação coletiva, a Corte EDH identificou uma coincidência de valores a favor deste direito, e passou a tomar como estreita a margem de opção estatal para regulamentar o exercício direito à liberdade sindical, neste particular.

Quanto ao *direito de greve*, e seguindo a mesma lógica argumentativa, o *caso Karaçay c. Turquie*²⁷⁷, de 27 de março de 2007, ilustra a interpretação que identifica seu conteúdo como integrante à essência do âmbito material de proteção conferido pelo direito à liberdade sindical. O requerente, eletricista, era membro da seção local do sindicato *Yapi Yol Sen*, ligado ao *Kesk* (a confederação sindical dos empregados do setor público), e participou de uma manifestação organizada por esta entidade sindical para protestar contra uma redução nos salários dos servidores, razão pela qual foi aberto um processo disciplinar contra ele, que resulta na aplicação de uma sanção de *advertência*.

Inconformado, o requerente contesta essa punição administrativamente, argumentando que não participou do dia de greve, no qual estava trabalhando com outros colegas devido a uma inundação ocorrida em Istambul. Afirmou também que a sanção era contrária aos tratados internacionais dos quais a Turquia era signatária, e às disposições nacionais protetoras do direito sindical, pois estava sendo assediado por suas atividades de membro do sindicato local, mas o recurso do requerente foi rejeitado.

A corte EDH analisa a ingerência estatal na liberdade sindical conferida ao requerente, e considera que a sanção aplicada não passou no teste do atendimento aos três requisitos para

²⁷⁶ LÉCUYER, 2012. *Op. cit.*, p. 35. Tradução livre.

²⁷⁷ Ver o *Affaire Karaçay c. Turquie (Requête n°. 6615/03)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 05 de novembro de 2014. Tradução livre.

a validade da limitação dos direitos fundamentais, quais sejam: respeito à proporcionalidade, a perseguição de um fim legítimo, e a necessidade da intervenção em uma sociedade democrática. Por essa razão, declarou que o Estado acusado violou o direito do requerente à liberdade de reunião pacífica, e que a sanção disciplinar não era proporcional, não buscava atingir fim legítimo, e não era necessária em uma sociedade democrática.

Desse modo, a notável reelaboração do conteúdo do direito à liberdade sindical operada pela Corte EDH demonstra que a sua jurisprudência, inclusive em matéria de direitos sociais, e centrada em uma dinamicidade que busca integrar às normas de direito humano do corpo jurídico sob sua jurisdição as evoluções de conteúdo necessárias à apreensão da própria transformação da vida social.

No entanto, os contornos ou limites dessa reconstrução jurisprudencial dos direitos garantidos no SEDH, ainda pouco definidos, são objeto de críticas a este método, assim como do método da interpretação integrativa, e aqui com vigor ainda mais renovado, eis que, nesta segunda hipótese, se trata de direitos estranhos aos expressamente previstos no texto convencional.

No caso *Demir et Baykara c. Turquie*, já analisado neste estudo, por exemplo, o Estado acusado, qual seja, a Turquia, questionou, em sua defesa, a legitimidade da interpretação construtiva que buscava inserir o direito de greve no âmbito de proteção da CEDH, argumentando que, ao aderir a esta, somente teria assentido ao sentido literal e original da liberdade de organização sindical, como liberdade de fundar sindicatos, e, portanto, tal extensão violaria seu consentimento e, conseqüentemente, a soberania estatal.

A preocupação dos críticos é, portanto, com a legitimidade das decisões decorrentes dessa tendência jurisprudencial, que poderia ser afetada pela suposta falta de fidelidade deste órgão de controle ao quanto avençado pelos Estados ao aderirem à CEDH, com implicações ainda no caráter subsidiário do SEDH em relação aos sistemas nacionais.

Tal subsidiariedade, porem, é a base de outro método interpretativo largamente usado pela Corte EDH, o uso da *margem nacional de apreciação*, o qual permite averiguar, exatamente, qual a amplitude da liberdade de definição pelo Estado de medidas, legislativas ou operacionais, que digam respeito a algum dos direitos protegidos na CEDH, no âmbito do controle de convencionalidade destas, inclusive no campo social.

4.1.3 O uso da margem nacional de apreciação

Em que pese a constatação da permeabilidade substancial da CEDH aos direitos sociais construída pela jurisprudência da Corte EDH, utilizando-se dos métodos da interpretação integrativa ou reconstrutiva, e da nítida opção pelo reforço à indivisibilidade e interdependência entre os direitos humanos, o uso de um terceiro método interpretativo, desenvolvido para adequação da hermenêutica dos direitos humanos aos particularismos do SEDH, qual seja, a *margem nacional de apreciação* (MNA), demonstra a existência de uma hesitação da Corte EDH em impor aos Estados a adoção de políticas públicas voltadas à proteção de determinadas espécies de direitos sociais.

Tal é a hipótese, por exemplo, do *direito à saúde*, como bem ilustra o caso *N. c. Royaume-Uni*²⁷⁸, de 27 de maio de 2008, no qual a consideração de que a MNA do Estado na aplicação ao *direito à proteção contra tratamento desumano e degradante* (garantido na CEDH), usado como fonte para a proteção do *direito à saúde* (não garantido expressamente pela CEDH) pelo requerente, era ampla, levou à conclusão de que não houve violação às normas convencionais.

Trata-se de caso onde uma estrangeira, oriunda do Sudão, questionou a sua expulsão ao seu País de origem pelo Reino Unido, apesar de não preencher os requisitos legais estabelecidos pelo último para sua permanência em seu território, alegando que, com a medida estatal, haveria uma grave redução de sua expectativa de vida e, conseqüentemente, o risco de sofrer tratamento desumano e degradante.

A corte europeia, em sua decisão, ressaltou a ausência de direito da requerente de permanecer no território do Estado acusado e também o fato de que a ampla MNA conferida aos Estados na aplicação do direito garantido não permitia vê-lo como fonte de obrigações positivas do Estado, ou seja, não o obrigavam internacionalmente a tomar medidas concretas para assegurar a saúde de estrangeiros ilegalmente presentes em seu território.

A mesma lógica argumentativa foi empregada em casos envolvendo demandas de políticas públicas que possibilitassem às pessoas com deficiência o seu desenvolvimento pessoal com base no *direito ao respeito à vida privada* (garantido no artigo 8 da CEDH),

²⁷⁸ Ver o *Affaire N. c. Royaume-Uni (Requête n°. 26565/05)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 05 de novembro de 2014. Tradução livre.

dentre os quais citamos o caso *Zehnalová et Zehnal c. République Tcheque*²⁷⁹, de 14 de maio de 2002. Trata-se da ação proposta por uma requerente com deficiência física motora, que questionou à Corte EDH a inação estatal em providenciar medidas que garantissem seu acesso a órgãos públicos de sua cidade, os quais não possuíam rampa de acesso

Neste e em outros casos, a Corte EDH, aplicando frequentemente o *critério da relação direta e imediata* dos direitos sociais envolvidos com os direitos protegidos expressamente na CEDH e de cuja violação o requerente se valia para acessar este órgão jurisdicional, negou que tivesse ocorrido violação aos termos da CEDH, por falta de uma relação especial entre a medida estatal omitida e a inacessibilidade de locais públicos ou abertos ao público, e os interesses particulares relevantes da vida privada da requerente.

A Corte EDH, resolvendo a questão com a aplicação deste critério, evitou esclarecer se, com base nos direitos garantidos na CEDH, os Estados dela signatários estavam obrigados a tomar medidas positivas ou adotar políticas públicas especificamente voltadas à proteção de pessoas com deficiências físicas ou mentais.

O uso do critério da relação direta e imediata com um direito previsto textualmente na CEDH pela Corte EDH é objeto de severas críticas doutrinárias, que apontam para o seu uso como sendo ambíguo, eis que o apelo a sua aplicação não foi generalizado, e ocorre frequentemente em casos que tratam do direito à vida privada e familiar, com a relação direta entendida como ausência de violação à vida privada, em uma aplicação pouco transparente ou objetiva.

Identifica-se, assim, neste particular, que tal critério é usado, de modo ambíguo ou pouco transparente, como uma espécie de álibi para evitar-se impor aos Estados a adoção de medidas positivas que poderiam, eventualmente, mostrar-se excessivamente onerosas para o contexto econômico e social, invadindo a seara do que corresponde ao âmbito das escolhas políticas destes, o que é rejeitados pelos juízes regionais europeus²⁸⁰.

A preocupação da Corte EDH em não formular obrigações custosas ao Estado é, de outro giro, expressamente revelada na adoção, em sua jurisprudência sobre direitos sociais, de um outro critério, denominado de *critério do fardo excessivo ou insuportável*, pelo qual os direitos garantidos na CEDH não devem ser interpretados de modo a impor um fardo excessivo ou insuportável aos Estados, a quem cabe, no uso de sua margem de apreciação,

²⁷⁹ Ver *Affaire Zehnalová et Zehnal c. République Tcheque* (Requête n.º 38621/97). Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 06 de novembro de 2014. Tradução livre.

²⁸⁰ Neste sentido, ver NIVARD, 2012. *Op. cit.*, p. 472-476. Tradução livre.

decidir sobre as políticas públicas em geral, buscando um equilíbrio entre os interesses particulares e o interesse geral, considerando-se, ainda, a situação dos recursos estatais necessários a implementá-las.

O caso *Oneryildiz c. Turquie*²⁸¹, de 30 de novembro de 2004, por exemplo, ilustra bem a aplicação desse critério e sua relação com o uso da margem nacional de apreciação e a possível escassez de recursos estatais. Neste caso, discutiu-se a ausência de adoção de medidas preventivas das autoridades públicas, que poderiam ter evitado que a explosão de um imóvel contíguo atingisse a residência do requerente, destruindo-a e causando a morte de alguns dos seus familiares.

A Corte EDH decidiu, novamente, que não houve violação a direito garantido na CEDH, ressaltando que, em questões de complexa ordenação pela Administração Pública, como as em análise, existe uma gama de dificuldades sociais, conjunturais e urbanas, que devem ser avaliadas pelo Estado, no uso da margem nacional de apreciação, ao implementar as políticas públicas, não cabendo estabelecer interpretações desses direitos que imponham medidas positivas cujos custos possam prejudicar a livre administração das finanças estatais.

Em seu conjunto, as decisões em que a Corte EDH recusou o reconhecimento de violações a direitos sociais, usando a margem nacional de apreciação, demonstram uma preocupação de seus juízes em não romper com o delicado equilíbrio entre seu sistema normativo, e os sistemas nacionais, dos quais o primeiro é subsidiário, evitando interpretações que imponham medidas estatais positivas protetoras dos direitos sociais, e, com isso, a invasão do campo da vontade política.

A recusa dos juízes regionais europeus em decidir sobre questões ligadas à eleição de políticas públicas, objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, também está relacionada à manutenção da legitimidade do sistema de proteção regional. Isso porque a legitimidade deste correria risco ao serem proferidas decisões, em sentido contrário (favorecendo, em tese, a expansão dos direitos sociais), porém sem condições práticas de serem cumpridas, por se desconsiderar as circunstâncias particulares à situação econômica e estrutural dos Estados, para as quais o juiz europeu não está devidamente habilitado a analisar, nem é seu papel fazê-lo, eis que dizem respeito ao âmbito de discricionariedade administrativa.

A solução encontrada pela Corte EDH foi buscar um equilíbrio entre a necessidade

²⁸¹ *Affaire Oneryildiz c. Turquie (Requête n°. 48939/99)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 06 de novembro de 2014. Tradução livre.

de analisar casos envolvendo espectros de direitos sociais para a proteção dos direitos garantidos convencionalmente, e a distinção de seu papel de controle jurisdicional daquele realizado pelo administrador da coisa pública, usando os mecanismos da margem nacional de apreciação, e os critérios da relação direta e imediata e do fardo excessivo e insuportável.

Dessa maneira, consciente de sua missão, mas nem sempre com a coerência e a transparência que dela seriam esperadas, a corte tempera a permeabilidade dos direitos sociais na CEDH e, conseqüentemente, sua judiciabilidade. Assim o faz a corte, portanto, ao evitar a tomada de decisões que imponham medidas positivas aos Estados, porém atua sem hesitação para constatar violações quando o Estado, apesar de já ter garantido o direito social em seu ordenamento jurídico interno, provoca um retrocesso no nível de efetividade a ele conferido (por aplicação do princípio do retrocesso social) ou o restringe, sem uma justificativa legítima, especificamente em relação a um indivíduo ou grupo de indivíduos (em aplicação da interdição a tratamento discriminatório).

Além da ampla margem nacional de apreciação conferida aos Estados em matéria de direitos sociais, a corte pondera que, se o direito à proteção de bens particulares pode ser compreendido como aglutinador do direito a prestações sociais, ele não protege o direito a um montante específico ou o direito à manutenção da prestação social em um nível constante. Ou seja, a Corte EDH, buscando evitar que a aplicação da vedação ao retrocesso social seja levada ao extremo de inviabilizar que os Estados europeus possam alterar suas políticas de proteção e seguridade social para fazer frente às mudanças econômicas, permitiu ao legislador nacional diminuir ou variar o valor dos benefícios de prestação social²⁸².

Contudo, a corte europeia, em mais um exemplo da sua postura ponderada entre a proteção de interesses particulares e interesses públicos, destaca que essas diminuições ou oscilações nos valores de benefícios de prestação social não pode ser tal monta que inviabilize a subsistência de quem deles dependa para viver. O argumento central é o de que, nessa hipótese, a proteção do interesse geral estaria impondo um encargo desproporcional ao indivíduo, o que a corte rejeita veementemente, por contrariar a própria lógica do sistema de proteção europeu e o espírito da CEDH²⁸³.

Estas são as linhas gerais da jurisprudência da Corte EDH em matéria de direitos sociais, marcadas por uma expressa intenção de não imiscuir-se em questões afetas à eleição de políticas públicas, invadindo a seara do campo político (daí a ampla MNA geralmente

²⁸² Ver, neste sentido, o caso *Apostolakis c. Grèce*, de 22 de outubro de 2009. Tradução livre.

²⁸³ NIVARD, 2012. *Op. cit.*, p. 492-493. Tradução livre.

conferida aos Estados), limitando-se a atuar quando os interesses individuais são injustificadamente prejudicados ou sua violação configura ato discriminatório, contrariando a ordenação social esperada em uma sociedade democrática.

Por sua vez, as linhas gerais da jurisprudência da Corte IDH em matéria de direitos sociais, marcadas pelas particularidades do SIDH, somadas às características específicas desses direitos, apontam para uma ambiguidade no controle exercido, que poderá variar muito conforme o potencial beneficiário das medidas estatais omitidas.

4.2 LINHAS GERAIS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

As jurisprudência da Corte EDH em relação aos direitos sociais apontam para uma grave omissão em reconhecer as violações a tais direitos, utilizando-se de subterfúgios para evitar as declarações de responsabilização internacional dos Estados, em flagrante prejuízo à expansão harmônica destes, o que só é relativizado quando se trata de pessoas ou grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade social. Desse modo, a prática dos direitos humanos sociais no SIDH contraria o espírito de seu sistema normativo, onde se buscou proteger expressamente tais direitos, inclusive com a nota da judiciabilidade (ainda que seletiva no que toca às espécies de direitos sociais, como já exposto neste estudo).

A Corte IDH, enquanto órgão de controle da proteção e promoção dos direitos humanos em parte relevante do continente americano, foi idealizada como instituição imbuída da missão de analisar casos de violações a direitos humanos previstos na CADH e demais tratados inseridos no SIDH, a ela encaminhados pela Com IDH, no bojo do mecanismo procedimental intitulado *sistema de petições individuais* (regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da CADH²⁸⁴), com competência não apenas para constatar as violações denunciadas, como também a impor aos Estados medidas a serem adotadas internamente para prevenir e cessar a violação, e ainda definir as reparações devidas às vítimas.

²⁸⁴ O art. 19, item 6 do *Protocolo de San Salvador* dispõe que: “Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8 e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado-Parte deste Protocolo, essa situação poderá dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana de Direitos Humanos”.

O estudo dos casos julgados pela Corte IDH envolvendo violações ao *direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC*, previsto no art. 26 da CADH, contudo, revela uma reiterada e injustificada omissão em analisar os pedidos de declaração de violação. Somente os casos envolvendo violações de DESC em grupos sujeitos a condições de vulnerabilidade, como povos indígenas, idosos, pessoas com deficiência física ou mental, e crianças tiveram as violações a tais direitos expressamente examinadas pela Corte IDH, prejudicando assim o desenvolvimento de uma cultura jurídica de fortalecimento dos DESC no sistema interamericano²⁸⁵, conforme será exposto neste estudo.

A Corte IDH, atualmente, julgou pouco mais de uma dezena de casos onde a violação a direitos humanos retratada era, predominantemente, de direitos sociais, econômicos e culturais. Contudo, existem outros casos, especialmente de violações a direitos civis e políticos, onde também se retratou a violação, ainda que indiretamente, a DESC, com ou sem manifestação da Corte IDH sobre a alegada violação.

Daí decorre a dificuldade em elaborar uma lista exaustiva de casos julgados pela Corte IDH envolvendo DESC²⁸⁶. Assim, para os fins desse estudo, selecionamos casos onde as alegadas violações a DESC possuem alguma relação com os fatos da lide, ainda que indireta, para verificar a posição da jurisprudência da Corte IDH sobre o tema. E também casos onde fatos retratando a alegada violação a DESC foram o objeto principal da causa, com o fim de verificar se as decisões da Corte, em seus argumentos e análises dos pontos controversos, são coerentes com tal predominância do tema, e com a proteção normativa aos DESC oferecidos pela *Convenção Americana de Direitos Humanos* e pelo *Protocolo de San Salvador*.

Para realizar essa seleção, é útil observar que os casos com descrição de violações a

²⁸⁵ Neste sentido, André de Carvalho Ramos ensina que: “No campo dos direitos humanos, a responsabilização do Estado é essencial para reafirmar a juridicidade deste conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da dignidade humana. Com efeito, as obrigações internacionais nascidas com a adesão dos Estados aos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos só possuem conteúdo real quando o mecanismo de responsabilização por violações é eficaz. Tal mecanismo deve ser o mais amplo possível para que se evite o caráter meramente programático das normas internacionais sobre direitos humanos”. RAMOS, 2012. *Op. cit.*, p. 30.

²⁸⁶ Para a seleção e análise desses casos, foi utilizado um elenco de casos sobre DESC e, ainda que parcialmente, o protocolo de análise de casos desenvolvido pelo grupo de pesquisa *Internacionalização do Direito*, coordenado pelo Prof. Dr. Marcelo D. Varella, no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. O levantamento dos casos que envolvem violações diretas a DESC, bem como a outros tipos de direitos humanos foi realizado num esforço de classificação de todos os casos já julgados pela Corte IDH, realizado no 1o. semestre de 2013 pelos integrantes deste grupo de pesquisa. Por se tratar de um projeto ainda em desenvolvimento, o número de casos e sua classificação é provisória, e pode ser alterado até a conclusão do projeto de estudo de casos julgados pela Corte IDH.

DESC julgados pela Corte IDH configuram, em geral, três tipos distintos:

(i) casos sobre direitos de grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade social, como povos indígenas, idosos, pessoas com deficiência física ou mental, e crianças;

(ii) casos de violações a direitos civis, porém com pontos de contato (ou abrangentes de) violações a direitos sociais, econômicos e culturais (*casos híbridos*, na expressão de James L. Cavallaro)²⁸⁷; e

(iii) casos de violações diretas a direitos sociais, econômicos e culturais de pessoas fora de grupos de vulnerabilidade social, como direito à liberdade sindical, direito à saúde, direitos laborais e previdenciários (que acabaram tendo proteção indireta pela corte)²⁸⁸.

Os três tipos ou grupos de casos serão analisados a seguir, buscando extrair destes os entendimentos já emitidos e reiterados em julgamentos da Corte IDH sobre o tema. Neste sentido, organizamos o estudo segundo os *padrões de argumentação predominante da Corte IDH* (que também podem ser denominadas *linhas argumentativas*), que se repetem e variam conforme a situação envolva:

(i) violações de DESC de grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade social, como povos indígenas, idosos, pessoas com deficiência física ou mental e crianças;

(ii) a interpretação do direito à vida numa visão ampliativa para incluir a garantia de gozo de DESC;

(iii) violação ao direito à liberdade sindical e ao direito à saúde (únicos direitos sociais garantidos com o mecanismo de petição individual no SIDH) e, finalmente;

(iv) violação ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC de pessoas que não se encontram em situação de vulnerabilidade social.

Contudo, é importante esclarecer que essa classificação serve apenas a fins didáticos, pois os diferentes argumentos usados pela Corte IDH em matéria de DESC nem sempre são

²⁸⁷ CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. **Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas**. Hastings Law Journal, vol. 56, p. 271-272, dec./2004. Tradução livre.

²⁸⁸ Essa tipologia de casos julgados pela Corte IDH envolvendo violações a DESC pode ser encontrada na doutrina de Flávia Piovesan, em sua análise de casos sobre a proteção de direitos sociais. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 4. ed., revista ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181-188.

excludentes, sendo frequente o uso de mais de uma dessas linhas argumentativas ou razões de decidir no mesmo caso. Essa coincidência de argumentos pode ser observada, por exemplo, no *Caso Villagrán Morales vs. Guatemala (Street Children Case, 1999*²⁸⁹), no qual a Corte IDH, simultaneamente, usa o argumento da maior proteção devida aos DESC de pessoas em situação de vulnerabilidade social (no caso, crianças e adolescentes moradores de rua ou sem adequada proteção social), e o argumento do direito à vida digna (em uma visão ampliada para incluir a garantia de gozo de DESC).

As três primeiras linhas argumentativas serão estudadas inicialmente. A quarta será analisada em separado, onde se demonstrará que ocorre uma omissão injustificada da Corte IDH em analisar as violações ao direito ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais de pessoas ou grupos de pessoas que não se encontrem em situação de vulnerabilidade social, o que não ocorre quando tal condição está presente.

4.2.1 Linhas argumentativas em violações a DESC de grupos de pessoas em situação social vulnerável

Nos casos envolvendo violações a direitos econômicos, sociais e culturais de grupos de pessoas em situação social vulnerável, percebemos uma maior disposição da jurisprudência da Corte IDH para analisar essas violações (ainda que, em regra, não ocorra a declaração de violação ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC), o que não ocorre, de maneira geral, nos demais casos estudados, conforme se demonstrará nesse estudo. Assim, podemos afirmar que a jurisprudência da corte demonstra uma maior permeabilidade dos direitos sociais destes grupos no sistema de controle.

Em três desses casos, *Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai (2005)*²⁹⁰, *Comunidade Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010)*²⁹¹ e *Niñas Yean Y Bosico vs. República Dominicana (2005)*, por exemplo, verificamos que a jurisprudência da Corte IDH foi enfática ao afirmar

²⁸⁹ Optamos por manter o nome dos casos em espanhol, por este ser um dos idiomas oficiais da Corte IDH, evitando-se, com isso, traduções inapropriadas.

²⁹⁰ Ver a *Sentencia de 17 de junho de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 11 de março de 2014. Tradução livre.

²⁹¹ Ver a *Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 11 de março de 2014. Tradução livre.

que os Estados acusados deveriam ter oferecido especial proteção às comunidades indígenas, garantindo-lhes o direito a uma vida digna, e aos direitos sociais, econômicos e culturais que fossem necessários à sua sobrevivência e pleno desenvolvimento, com respeito às suas especiais vulnerabilidades, considerando as peculiaridades de sua cultura.

Ou seja, o principal argumento da Corte IDH nestes casos foi o de que não basta aos Estados garantirem o acesso aos DESC, estes devem ser gozados, pelas comunidades indígenas, em uma inserção adequada em seu modo de vida. No primeiro caso, também foi destacado que o Estado acusado deveria ter assumido uma posição que garantisse uma maior proteção às crianças e idosos, que merecem atenção prioritária. No segundo, o conceito de direito a uma vida digna, incluindo o acesso à água de qualidade, saúde e alimentação, também foi desenvolvido pela Corte IDH.

E, também, no *caso Niñas Yean Y Bosico vs. República Dominicana (2005)*, a Corte voltou a usar essa lógica argumentativa, quando decidiu que o Estado acusado tinha o dever de garantir o desenvolvimento progressivo previsto no art. 26 da CADH provendo educação primária gratuita a todos os menores, em um ambiente propício ao seu pleno desenvolvimento intelectual²⁹².

Assim, nos três casos citados, houve declaração expressa da Corte IDH quanto à violação de DESC para pessoas em situação de vulnerabilidade social, inclusive com um grande passo dado pela jurisprudência da Corte, no terceiro caso, ao fixar um conteúdo específico para o direito à educação (direito à educação primária gratuita a todos os menores, em um ambiente propício ao seu pleno desenvolvimento intelectual).

A Corte IDH já havia expressado essa ênfase na proteção de DESC de crianças em sua Opinião Consultiva OC – 17/02, de 28 de agosto de 2002, sobre a Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, onde deixou expresso que a plena proteção das crianças inclui o gozo de todos os seus direitos, inclusive dos DESC, que são assegurados em tratados internacionais, devendo os Estados Partes nesses tratados adotarem medidas positivas para tanto²⁹³.

Louvamos o interesse da Corte IDH em conferir especial atenção à proteção de direitos humanos de grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade o que, de certo modo, reflete uma tendência crescente de proteção por especificação, reconhecendo que a igualdade

²⁹² Ver a *Sentencia de 08 de novembro de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 11 de março de 2014. Tradução livre.

²⁹³ LEÃO, 2009. *Op. cit.*, p. 333.

substancial e a justiça distributiva não pode se realizar sem a observância das circunstâncias especiais e de vulnerabilidade em que se encontram alguns dos indivíduos ou grupos de pessoas.

Contudo, não são apenas estes que necessitam da proteção internacional contra as violações de DESC, mas sim todo o conjunto das populações que carecerem de políticas públicas voltadas para a melhoria das condições de vida das pessoas, especialmente no contexto de intensa desigualdade social que marca a América Latina²⁹⁴.

Neste sentido, essa veemente defesa da promoção e proteção aos DESC deveria ser estendida a todos quanto comprovem suas violações ou, ao menos, aos que comprovem que houve regressividade em sua proteção nos ordenamentos jurídicos que se comprometeram internacionalmente a expandi-los.

Ademais, apesar desta ênfase na violação a DESC, a jurisprudência da Corte IDH deveria realizar a análise dos pedidos de declaração expressa de violação ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC, o que fica preterido pela injustificada argumentação pela responsabilização internacional do Estado acusado com fundamento na violação de direitos civis (como, por exemplo, o direito à vida, ou à integridade física)²⁹⁵.

²⁹⁴ Sobre o tema da pobreza e exclusão social na América Latina, ver **BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. Informe 2008. Los de afuera? Patrones cambiantes de exclusion en América Latina y Caribe**. Washington, 2008. p. 1-260. Tradução livre. Uma importante conclusão do trabalho é que, uma sociedade que propicia a inclusão não é necessariamente isenta de pobreza nem de males sociais, mas sim uma sociedade onde a cor de pele ou a riqueza dos pais não são fatores determinantes para a pobreza nem a possibilidade de receber educação de qualidade ou cuidados médicos adequados. O que caracteriza esta sociedade é a igualdade de oportunidades, a crescente participação política, e a elevada mobilidade social. Neste sentido, as políticas que afetam a inclusão não afetam só os resultados, mas também alteram os processos que interferem na tomada de decisões: quem as toma e como as tomam. Assim, as principais conclusões do estudo são: a) a exclusão é um processo dinâmico e variável que interage com as transformações sociais, culturais, econômicas e políticas da sociedade; b) a exclusão afeta a grupos variáveis e diferentes da população; c) a exclusão é um fenômeno multidimensional, cujas múltiplas dimensões estão inter-relacionadas; d) a exclusão reduz o capital social e o bem-estar da população como um todo; e) historicamente, os processos de inclusão tem sido impulsionados por uma ativa liderança social e política; f) A inclusão não somente implica mudar os resultados, mas também fundamentalmente os processos que produzem e reproduzem os resultados que fomentam a exclusão; g) as políticas públicas que fomentam a inclusão implicam ir além das mudanças na proteção dos direitos dos grupos excluídos, com mudanças no funcionamento das instituições, e na implementação de programas e políticas públicas.

²⁹⁵ Para mais um exemplo desse padrão de jurisprudência com o uso de proteção indireta dos DESC e omissão em declarar a violação ao art. 26 da CEDH, ver também o *Caso Instituto de Reeducación del Menor*, sobre a violação ao direito à educação e suas consequências no projeto de vida de menores infratores, em decorrência de condições inadequadas de detenção, onde a Corte IDH assim se manifesta, a nosso ver incorrendo em grave omissão: “(...) La Corte ya ha realizado un análisis respecto de las condiciones referentes a la vida digna, salud, educación y recreación en las consideraciones respecto de los artículos 4 y 5 de la Convención, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la misma y con ele artículo 13 del Protocolo de San Salvador. Por ello, el Tribunal considera que no es necesario pronunciarse respecto del artículo 26 de la Convención”. “(...) A Corte já realizou uma análise a respeito das condições referentes à vida digna, saúde, educação e recreação em suas considerações a respeito dos artigos 4 e 5 da Convenção, combinados aos artigos 19 e 1.1 da mesma e ao artigo

Por outro lado, a interpretação alargada do direito à vida, ou o reconhecimento de sua dimensão positiva, é usado na jurisprudência da corte para incluir em seu conteúdo a garantia de DESC.

4.2.2 Linhas argumentativas na interpretação do direito à vida em uma visão ampliativa para incluir a garantia de DESC

Podemos verificar também uma tendência na jurisprudência da Corte IDH sobre violações a direitos econômicos, sociais e culturais a considerá-las como uma violação do direito à vida, que deve ser entendido também como *direito a uma vida digna*, ou seja, com as garantias de obter prestações sociais que permitam o pleno desenvolvimento das capacidades humanas, por meio do acesso à alimentação, moradia, saúde, educação e outros serviços públicos de qualidade.

Neste sentido, a lógica da argumentação da Corte IDH vai ao encontro do caráter indivisível, inter-relacionado e interdependente dos direitos humanos, assegurado na Declaração de Viena, já que se entende que a falta de acesso aos direitos sociais pode gerar um impedimento ao gozo de um direito civil, de primeira geração, o direito à vida, e à integridade física (que tradicionalmente somente era compreendido em seu sentido negativo, de proibição de atos comissivos atentatórios quanto à existência e integridade física de seres humanos).

No emblemático *Caso Villagrán Morales vs. Guatemala (Street Children Case, 1999)*, este argumento foi desenvolvido pela Corte IDH, que declarou o Estado acusado responsável pela morte e maus-tratos sofridos pelas vítimas (dentre elas crianças e adolescentes), e também por não lhes ter garantido o gozo de direitos sociais que lhes propiciassem uma sobrevivência e desenvolvimento de uma vida digna, com as condições adequadas de moradia, alimentação, saúde, educação (interpretação desenvolvida especialmente no voto concorrente conjunto dos juízes A. A. Cançado Trindade e A. Abreu

13 do Protocolo de San Salvador. Por isto, o Tribunal considera que não é necessário pronunciar-se a respeito do artigo 26 da Convenção.”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979 – 2004. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 843. Tradução livre.

Burelli²⁹⁶).

Nesse ponto em particular, a jurisprudência da Corte IDH desenvolveu uma interpretação bastante ampliada do direito à vida, ao acrescentar-lhe a adjetivação de *digna*, conferindo-lhe uma dimensão positiva, ao lado da tradicional dimensão negativa. Ademais, também foi ressaltado que no voto concorrente citado que esta visão permite compreender o direito a vida como pertencente, simultaneamente, ao domínio dos direitos civis e políticos e ao domínio dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesta hipótese, também percebemos, mais uma vez, o argumento de ênfase na defesa dos DESC devido a se tratar de pessoas inseridas em grupo vulnerável na sociedade, no caso, crianças e adolescentes moradores de rua (seguindo a mesma linha argumentativa já descrita neste capítulo). Mas o argumento da corte, neste caso, vai além dessa ênfase para grupos vulneráveis, quando amplia o conteúdo do direito à vida, integridade física, e outros direitos de primeira geração, visando alcançar também a proteção aos DESC.

Muitos estudiosos sobre o tema veem nessa proteção indireta aos DESC por meio da chamada *dimensão positiva do direito à vida*, uma boa estratégia para a defesa dos direitos sociais no sistema interamericano, já que esta interpretação representaria uma abertura à judiciabilidade de tais direitos, já que somente os direitos à liberdade sindical e à saúde teriam essa garantia, segundo o *Protocolo de San Salvador*, como exposto acima²⁹⁷.

Contudo, discordamos de tal posição, pois acreditamos na força simbólica dos direitos humanos, enquanto construção e conquista político-jurídicas da modernidade, de modo que, ao deixar de enunciar a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Corte EDH não contribui para a afirmação histórica desses direitos e sua universalização, papéis que os órgãos jurisdicionais não podem deixar de exercer na proteção aos direitos humanos.

Assim, em que pese reconhecermos o fato de que esta ampliação interpretativa do direito à vida possa ser usada como uma interessante estratégia para fazer avançar a judiciabilidade das espécies de direitos sociais previstas no *Protocolo de San Salvador* mas não incluídas no mecanismo de petições individuais, acreditamos que, a médio e longo prazo, seu uso pode mascarar a inefetividade e incoerência desse sistema, fazendo com que essa ambiguidade normativa do SIDH perdure, quando deveria ser objeto de severas críticas da

²⁹⁶ Ver a *Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 25 de junho de 2013. Tradução livre.

²⁹⁷ CAVALLARO, 2004. *Op. cit.*, p. 217/282. Tradução livre.

doutrina especializada e dos movimentos de defesa de direitos humanos na América Latina, por reduzirem a força expansiva dos DESC no continente americano.

4.2.3 Linhas argumentativas em violações ao direito à liberdade sindical e ao direito à saúde

Como já destacamos alhures, somente os direitos relativos à organização sindical e à educação (alínea a do art. 8. e art. 13) foram contemplados com um mecanismo mais eficaz de proteção, qual seja, a aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da CADH. Talvez por esse motivo, a jurisprudência da Corte IDH é mais enfática na proteção desses direitos, já que essa distinção pode demonstrar uma maior inclinação dos Países membros da CADH à implementação e garantia desses direitos sociais.

No importante *caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá (2001)*, foi debatida a violação a direitos humanos de 270 trabalhadores (empregados públicos) despedidos arbitrariamente após participarem em protestos em defesa de direitos trabalhistas, e contra a política governamental. O governo do Panamá despediu os trabalhadores sob a acusação de terem participado em uma rebelião militar. Estes ingressaram com uma série de medidas judiciais, mas não obtiveram êxito no plano doméstico.

Neste caso, foi pedida a manifestação da Corte IDH sobre direitos sociais ligados à liberdade de associação (art. 16 da CADH), e esta entendeu de que este deveria ser analisado em relação à liberdade de organização sindical, reconhecendo a violação à liberdade de associação, em matéria sindical, que reputou ser da maior importância para a defesa dos interesses legítimos de trabalhadores e estar inserida no corpus jurídico dos direitos humanos. Este caso se tornou emblemático pois a Corte IDH estabeleceu vários conceitos em relação à liberdade de organização sindical, e requisitos para a sua restrição, de modo inédito no

SIDH²⁹⁸.

Assim, estando a liberdade sindical elencada dentre os direitos sociais garantidos pelo mecanismo de petições individuais, ao lado do direito à educação, pelo art. 19 do Protocolo de San Salvador, podemos compreender a ênfase no tema observada nesta decisão, que se tornou paradigmática na América Latina. Contudo, tal ênfase não ocorre nos casos em que se alega a violação ao art. 26 da CADH, conforme se verá nos casos estudados a seguir.

As sentenças proferidas em casos de violações ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC envolvendo o *direito à saúde* de pessoas fora de grupos vulneráveis também são marcadas por argumentos baseados em violações a direitos civis, e não na declaração de violações a direitos sociais. No *caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* (2007), por exemplo, tratou-se da morte da vítima em um hospital particular, devido a negligência médica no tratamento da meningite bacteriana que lhe acometeu. O Estado acusado foi condenado pela Corte IDH, porém com base na *violação ao direito à integridade pessoal*, e não no direito à saúde²⁹⁹.

4.2.4 Linhas argumentativas em violações ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC de pessoas que não se encontram em situação de vulnerabilidade social

Alguns casos de denúncias envolvendo violações diretamente ligadas a DESC de pessoas que não se encontram em situação de vulnerabilidade social chegaram à Corte IDH. Dentre eles, destacamos, por considerarmos úteis aos fins deste estudo, os seguintes: caso dos *Trabalhadores Cassados do Congresso* (*Aguado Alfaro y otros vs. Peru*, 2006); caso *Abrill-Alosilla y otros vs. Peru*; e o caso *Acevedo-Jaramillo y otros vs. Peru*; todos envolvendo direitos laborais; caso dos *cinco pensionistas contra Perú* (2003), envolvendo direitos previdenciários; e o caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* (2007), com implicações no tocante ao direito à saúde.

A análise da construção argumentativa da Corte IDH permitiu verificar a ocorrência do seguinte padrão: quando o caso de violação ao direito ao desenvolvimento progressivo dos

²⁹⁸ Ver a *Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, p. 97-103. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 25 de junho de 2013. Tradução livre.

²⁹⁹ Ver a *Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 17 de março de 2014. Tradução livre.

DESC não envolve pessoas em situação de vulnerabilidade social, a jurisprudência da Corte IDH é bem mais tímida e escassa sobre o tema. Tal conclusão pode ser verificada analisando alguns casos envolvendo direitos laborais, previdenciários e à saúde de pessoas fora desses grupos nos quais, em geral, a corte não se pronuncia em relação à violação ao art. 26 da CADH, alegando que as consequências para esses direitos já teriam sido analisados em outros tópicos da decisão. Assim, ocorre uma reiterada omissão na jurisprudência da corte sobre este direito, com variados argumentos (que podem ocorrer cumulativamente), como se verá nos casos listados nos tópicos seguintes.

Em alguns casos em que a Corte IDH foi omissa em analisar violações ao art. 26 da CADH, foram usados, destacadamente:

(i) argumentos embasados em questões processuais ou procedimentais, como os limites da lide (que supostamente não incluiria a análise da violação a DESC, mas sim o descumprimento de decisões judiciais); ou

(ii) a referência ao tema na análise de violações a outras espécies de direitos (o que supostamente esgotaria a matéria), e, ainda

(iii) a simples limitação ao trato do tema na fixação de reparações (e, assim, omitindo a declaração expressa de violação aos DESC e os parâmetros para o seu reconhecimento).

O caso dos *Trabalhadores Cassados do congresso (Aguado Alfaro y otros vs. Peru, 2006)* envolveu a despedida arbitrária de um grupo de 257 trabalhadores do Congresso Nacional da República do Peru³⁰⁰, e bem ilustra a omissão citada. A Com IDH alegou a violação ao art. 26 da CADH (direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC) em relação ao direito à seguridade social, direitos laborais, e consequências graves na saúde das vítimas, requerendo ainda que este dispositivo fosse interpretado levando-se em consideração a interpretação evolutiva dos documentos internacionais (uma vez que o Estado-réu é parte do

³⁰⁰ Este grupo é parte de 1.117 trabalhadores que foram despedidos da instituição através de resoluções deste órgão, em 31 de dezembro de 1992, num processo de *racionalização administrativa*, com a imposição de um exame de seleção para preencher as vagas de um *novo quadro de atribuições do pessoal do Congresso*. Neste processo, foi estabelecido que não seriam aceitas reclamações sobre os resultados do exame, e que haveria a extinção dos cargos para aqueles que não alcançassem aprovação, ou não se inscrevessem na seleção. Realizado o exame, surgiram denúncias de vendas de provas para alguns empregados. Em razão dessas denúncias, o exame foi anulado, e um novo exame foi realizado. Em 6 de novembro de 1992 foram emitidas as resoluções que retiraram dos cargos as 257 vítimas. As vítimas apresentaram recurso administrativo pedindo a anulação das resoluções citadas, julgado improcedente. A ação judicial interna para resolver as violações (*acción de amparo*) estava vedada pelo *Governo de Emergência e Reconstrução Nacional*, instalado por Alberto Fujimori, mas, ainda assim, foi travada uma batalha judicial, sem êxito. *Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 17 de março de 2014. Tradução livre.

PIDESC e do Protocolo da San Salvador), e o princípio *pro homine* estabelecido no art. 29.b da CADH. Em sua defesa, o Estado-réu não faz nenhuma referência ao alegado descumprimento do art. 26 da CADH.

A Corte IDH, contudo, omitiu-se em declarar se houve ou não violação ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC, com o argumento de que o objeto da sentença não era determinar o caráter arbitrário ou não das perdas das vítimas e seus dependentes perante a seguridade social, a interrupção da acumulação de tempo de serviço, o que impediu a muitos de obterem sua aposentadoria, assim como os efeitos graves em sua saúde.

Neste sentido, a Corte argumenta também que o declarado pela Corte foi que o Estado violou os artigos 8.1 e 25 da CADH, relativos às garantias e proteção judiciais, em razão da falta de certeza acerca da via a que poderiam ter recorrido para reclamar os direitos que consideravam violados e a existência de impedimentos normativos e práticos para um efetivo acesso à justiça. Ou seja, a omissão foi justificada por um argumento processual, os limites da lide.

Nesta sentença, a Corte IDH, incorre ainda em grave contradição, afirmando que é consciente de que as violações a tais garantias geraram consequências graves para as vítimas em relação ao exercício e gozo de outros direitos próprios de uma relação laboral, e que tais consequências serão consideradas no capítulo das reparações³⁰¹. Ora, se tais consequências não são objeto da ação (segundo a visão equivocada da Corte), também não podem ser consideradas na fixação das reparações devidas, sob pena de ser proferido um julgamento além dos limites da lide. Assim, fica clara a omissão da Corte em declarar a violação ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC, apesar de reconhecer expressamente que houve prejuízo a direitos laborais.

No *Caso Acevedo-Jaramillo y outros vs. Peru* (2006), este Estado foi novamente condenado pelo descumprimento de sentenças emitidas entre 1996 e 2000, que ordenavam a reintegração de um grupo de trabalhadores do Município de Lima que foram ilegalmente demitidos, apesar de gozarem de estabilidade laboral (o que foi reconhecido em diversas sentenças judiciais, inclusive pelo Tribunal Constitucional, sem que tais sentenças fossem cumpridas nem executadas pelo Estado peruano). O Estado do Peru realizou um reconhecimento de sua responsabilidade internacional, que foi aceito pela Corte IDH.

³⁰¹ Ver a *Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, p. 48-50. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 25 de junho de 2013. Tradução livre.

A sentença da Corte IDH considerou violados os direitos à proteção e garantias judiciais, com o argumento de que não basta às vítimas ter acesso a instituições jurisdicionais, sem que os recursos resultem em proteção efetiva dos direitos fundamentais violados. O argumento da Corte IDH, mais uma vez, foi o de que já tinha se referido às graves consequências do descumprimento das sentenças em relação aos direitos laborais amparados por aquelas. A Corte também negou que pudesse se manifestar sobre as alegadas violações ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC em relação com o disposto no art. 2 da CADH (dever de adotar disposição de direito interno), e sobre o direito à liberdade de associação, que, supostamente, estariam fora dos fatos integrantes da lide (que entendeu estarem limitados ao descumprimento de decisões judiciais).

Contudo, as reparações devidas, contraditoriamente, também incluíram a restituição dos direitos sociais violados, com a obrigação de: executar as sentenças que ordenavam a reintegração dos trabalhadores a seus cargos ou similares e, quando isto não fosse possível, ao pagamento aos trabalhadores de uma indenização equivalente, bem como uma *indenización correspondiente aos valores que deixaram de receber, e ainda a conceder aposentadorias ou pensões por morte a quem de direito*³⁰².

Desse modo, podemos observar que a omissão da jurisprudência da Corte IDH em matéria de DESC é justificada, em parte, com base em argumentos predominantemente de índole processual ou procedimental. Contudo, contraditoriamente, apesar desta omissão em declarar expressamente a violação a DESC, as reparações fixadas pela Corte IDH podem incluir os danos gerados a tais direitos.

Outra linha de argumentação bastante frequente na jurisprudência da Corte IDH em matéria de DESC é a análise com base no reconhecimento de violações a direitos civis e políticos, conferindo assim uma espécie de *proteção indireta* (e insuficiente) aos DESC, e caracterizando a omissão em declarar expressamente a violação a tais direitos.

Esse padrão de argumentação nas sentenças proferidas pela Corte IDH, com a proteção de direitos sociais por meio indireto, pode ser observado no *caso Abrill-Alosilla y otros vs. Peru* (2011), que trouxe à Corte IDH um interessante debate sobre a aplicação retroativa de normas que tinham eliminado o sistema de escala salarial que regia os membros do *Sindicato de Funcionarios, Profesionales y Técnicos de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima*, reduzindo suas remunerações mensais.

³⁰² Ver a *Sentencia de 07 de febrero de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 25 de junho de 2013. Tradução livre.

O Estado acusado reconheceu sua responsabilidade internacional, o que foi aceito pela Corte IDH. Contudo, apesar de se tratar de evidente redução de direitos sociais, devido às leis questionadas provocaram redução salarial, a argumentação da sentença foi com base na *violação ao direito de propriedade* das vítimas sobre seus salários (entendido em sentido ampliado, como o uso e gozo de bens, definidos como coisas materiais tangíveis ou como objetos intangíveis, assim como todo direito que possa formar parte do patrimônio de uma pessoa).

Assim, houve condenação em reparar danos gerados por violação a direitos sociais por meio de fundamentação baseada em interpretação ampliada de direito de feição civil. Não houve nenhuma menção à violação ao art. 26 da CADH (que não constava na demanda proposta pela Com IDH, mas poderia ter sido reconhecida pela Corte IDH, diante dos fatos que lhe foram submetidos para análise), ocorrendo novamente omissão da Corte em declarar que houve regressividade de direitos sociais no Peru³⁰³;

No *Caso los cinco pensionistas vs. Peru (2003)*, os fatos que são objeto da lide dizem respeito à modificação do regime de pensões que as cinco vítimas vinham desfrutando conforme a legislação peruana desde 1992, e pelo descumprimento das sentenças da *Corte Suprema de Justicia* e do *Tribunal Constitucional del Peru*, que determinaram que o Estado lhes pagasse uma pensão calculada conforme a legislação em vigor à época em que estes começaram a gozar do benefício³⁰⁴.

Novamente foi alegada *violação ao direito de propriedade*, em sua concepção ampliada, devido à redução no montante das aposentadorias das vítimas. O Estado acusado negou que houvessem maiores mudanças na situação dos aposentados, com exceção de que os pagamentos passaram a ser feitos pela *Superintendencia de Banca y Seguros*, dentre outros argumentos. A Corte IDH realiza uma profunda análise sobre o regime das aposentadorias das vítimas, e conclui que o Estado acusado, ao mudar arbitrariamente o montante das pensões que vinham recebendo, violou o direito à propriedade previsto no art. 21 da CADH. Também declara *violação ao direito à proteção judicial* (art. 25 da CADH), devido ao descumprimento das sentenças emitidas pela *Sala de Derecho Constitucional y Social* da *Corte Suprema de*

³⁰³ Ver a *Sentencia de 4 de marzo de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 25 de junho de 2013. Tradução livre.

³⁰⁴ Neste caso, as vítimas foram representadas na ação por advogados da organização não governamental CEDAL y CEJIL, com grande potencial para ter um efeito estratégico sobre a regulação da previdência social nos países da América Latina, ainda marcado pela insegurança jurídica decorrente de constantes mudanças de regime, ao sabor das contingências das frágeis economias locais.

Justicia del Perú, depois de quase oito anos de suas emissões.

Com relação à violação ao art. 26 da CADH (direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC), contudo, a Corte IDH mais uma vez evitou reconhecer a sua ocorrência. A Corte IDH alegou violação a tal direito argumentando que o Estado acusado, ao editar o *Decreto-Ley no. 25.792*, gerou um retrocesso não justificado em relação ao grau de desenvolvimento do direito à seguridade social que as vítimas haviam alcançado em comparação ao *Decreto-Ley no. 20.530* e suas normas conexas. Destacou ainda que os segurados passaram a receber, aproximadamente, um quinto do valor que recebiam antes da alteração do regime.

O Estado acusado negou a violação ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC, argumentando que os benefícios que estão recebendo como consequência das ações judiciais propostas são consideravelmente superiores aos que lhes corresponderiam, caso seus benefícios fossem regulados pelas normas do regime anterior, ou seja, com base nas remunerações dos trabalhadores do regime público, e não da iniciativa privada. Em seguida, afirma que o artigo 26 da CADH contém uma declaração genérica, que não pode ser interpretada de modo tão extensivo a sustentar que o pagamento dos benefícios do regime de seguridade social peruano seja absoluto e não possa ser regulado por lei.

A Corte IDH, contudo, perdendo excelente oportunidade de firmar conceitos e parâmetros de análise sobre a progressividade dos DESC, não se pronunciou sobre a violação ao art. 26 da CADH, argumentando que as circunstâncias de um número muito limitado do grupo de segurados, como o da ação, não era necessariamente representativo da situação geral predominante, e, portanto, não podia caracterizar a regressividade em DESC.

Isso porque, afirmou a Corte, a progressividade desses direitos em geral, e do direito à seguridade social, em particular, deveria ser medida em função da sua crescente cobertura sobre o conjunto da população, observado o critério de justiça social (conforme se pronunciou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas). Afirmou também que os DESC tem uma feição tanto individual como coletiva³⁰⁵.

Aqui novamente encontramos uma contradição cometida pela Corte IDH pois, ao mesmo tempo em que afirma que os DESC tem uma dimensão tanto individual como coletiva, (o que sugere que gera direito subjetivo individual ao indivíduo que é prejudicado pela redução de garantia ou gozo de direitos sociais, no contexto de uma regressividade do

³⁰⁵ Ver a *Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, p. 1-2, 62-64. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 25 de junho de 2013. Tradução livre.

regime jurídico garantidor de um direito social³⁰⁶), a corte rejeita a análise da violação ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC com o frágil argumento de que as cinco vítimas formam um grupo muito reduzido para a sua constatação.

Tal argumento não se sustenta ainda pelo simples fato de que a mudança de regime, operada por um decreto-lei, não alterou somente a situação particular dessas cinco vítimas, mas sim de todo um conjunto da população que se encontrava na mesma posição jurídica destes, ou seja, que vinha recebendo seus benefícios na forma prevista no regime anterior e os teve reduzidos significativamente em seu valor pela modificação no regime. O fato eventual de apenas cinco segurados terem proposto a ação não retira o caráter geral desta regressão no regime jurídico dos benefícios previdenciários no Estado acusado.

Desse modo, a corte IDH mais uma vez se omitiu sobre o tema da progressividade dos DESC, como o fez nos demais casos envolvendo direitos laborais e previdenciários citados neste tópico, optando por determinar as reparações aos direitos sociais violados por meio de argumentação com base em direitos civis (com destaque para o direito à propriedade e proteção judicial).

Em que pese a contribuição da jurisprudência da Corte IDH para a releitura de diversos institutos jurídicos nacionais, sob a influência dos direitos humanos, essa limitada amostra de casos envolvendo violações diretas a DESC demonstra um padrão de omissão da jurisprudência da Corte IDH nesta matéria³⁰⁷, e ainda a frequência de graves contradições lógicas nos argumentos utilizados e na fixação de condenações prevendo reparações a violações que não foram devidamente analisadas nas sentenças proferidas.

4.3 CONSIDERAÇÕES COMPARATIVAS

³⁰⁶ Sobre a dimensão individual e coletiva do direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC, ver o voto em separado do Juiz Sérgio García Ramírez, por ocasião da emissão da sentença correspondente ao *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, incluído na *Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, p. 03-04. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 25 de junho de 2013. Tradução livre.

³⁰⁷ Neste ponto, não podemos concordar integralmente com a visão de Flávia Piovesan, para quem: “*A Corte Interamericana, por meio de uma interpretação dinâmica e evolutiva, inspirada na indivisibilidade e independência dos direitos humanos, tem permitido avanços na proteção dos direitos sociais. Tem desenvolvido seu próprio framework para a proteção desses direitos, ao consagrar a dimensão positiva do direitos à vida, o princípio da progressividade dos direitos sociais (em especial para a proteção dos grupos socialmente vulneráveis) e a proteção indireta dos direitos sociais*”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 4. ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 187.

O conjunto das linhas argumentativas observadas nas decisões selecionadas da Corte EDH e Corte IDH em matéria de direitos sociais permite uma análise comparativa da atuação destas cortes regionais em termos de suas contribuições ou omissões, para a expansão harmônica destes direitos em seus respectivos âmbitos, denotando-se uma postura mais favorável a este processo na jurisprudência da corte europeia, e uma omissão reiterada da Corte IDH em declarar as violações cometidas pelos Estados.

Em relação às linhas gerais da *jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos*, em matéria de direitos sociais, podemos observar que há uma marcante heterogeneidade em relação à proteção conferida a esses direitos, eis que esta pode variar desde o que se pode considerar como ampla, ocorrida diante de direitos sociais *híbridos* ou decorrentes de direitos civis e políticos (e, portanto, com feições predominantes de liberdades negativas); ao que se mostra insuficiente ou oscilante, que é a proteção (ou ausência de proteção) dedicada a direitos sociais *prestacionais*, e a demandar medidas positivas dos Estados que aderiram à CEDH.

Nesta segunda hipótese, muito em parte devido à ausência de *judiciabilidade formal* dos direitos sociais no SEDH (somente os direitos sociais híbridos tem uma expressa participação no texto da CEDH), a jurisprudência da Corte EDH lhes confere uma proteção por meio de métodos interpretativos. Tais métodos são embasados, prioritariamente, na proteção de direitos civis e políticos garantidos no sistema, como o *direito à proteção da vida privada e familiar*, a *proibição a tratamento desumano ou degradante*, ou o *direito a não sofrer tratamento discriminatório*, dentre outros; em uma *procedimentalização dos direitos sociais* decorrente de interpretação ampliativa do *direito a um processo equitativo*; ou, ainda, por meio de uma reconstrução do conteúdo dos direitos sociais híbridos garantidos (tal qual ocorreu com o direito à liberdade associativa e sindical).

Contudo, tal tentativa da Corte EDH de garantir uma espécie de *judiciabilidade material* aos direitos sociais por uma interpretação integrativa ou construtiva de seus conteúdos ao SEDH, ambas com um marcante traço de dinamicidade, que pode ser identificada como uma tendência crescente, suscitam diversas críticas por sua suposta falta de legitimidade para expandir o conteúdo da CEDH, e são relativizadas pela atribuição de uma ampla margem nacional de apreciação aos Estados em questões atinentes à definição de políticas públicas econômicas e sociais.

Constatamos que a *jurisprudência da Corte IDH* em relação aos direitos sociais, por seu turno, é marcada por uma grave *ambiguidade* no que diz respeito à diferença entre a ampla normatização desses direitos (oferecida por este sistema regional e em interconexão com os sistemas universais e nacionais) e o baixo grau de judiciabilidade e reconhecimento de suas violações por tal corte. Segundo pudemos avaliar, poucos são os casos envolvendo violações a direitos sociais julgados pela Corte IDH e menos ainda os que obtiveram manifestação expressa quanto a tais violações.

Assim, a análise das principais decisões proferidas nos casos julgados pela Corte IDH envolvendo direitos sociais apontam para uma omissão recorrente em analisar a violação ao *direito ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais, e culturais*, tal qual previsto no art. 26 da CADH, o que somente tem ocorrido quando grupos em situação de especial vulnerabilidade estão envolvidos, como grupos incluindo crianças, pessoas com deficiência física ou mental, idosos, dentre outros.

Tal omissão, aliada à construção jurisprudencial no sentido de que a violação a tal direito somente pode ser verificado quando parte relevante da população de um Estado está envolvida, enfraquece a defesa dos DESC no continente americano, contribui para a continuidade de suas concepções como meras metas políticas, com caráter apenas programático e, conseqüentemente, para a perpetuação do déficit de efetividade desses direitos, tão marcante na América Latina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo em que vivemos atualmente, dito globalizado, ainda é um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias, onde velhos problemas, em especial a persistência da pobreza, convivem com novos problemas, como a aceleração da degradação ambiental e da sustentabilidade de nossa vida econômica e social. Essas contradições podem ser verificadas tanto em Países ricos como nos mais pobres. A fragilidade do Estado em garantir que as promessas de justiça distributiva e redução das desigualdades sociais se transformem em realidade, diante das consequências da globalização econômica e crescimento das influências dos mercados, tem impacto direto sobre a teoria e prática da proteção dos direitos humanos, especialmente os ditos econômicos, sociais e culturais.

Sobre a teoria, muito ainda se discute se estamos diante de verdadeiros direitos e, portanto, dotados de exigibilidade direta diante de violações e omissões em sua proteção pelos Estados, ou se o caráter dos dispositivos que os enuncia é de meras *normas programáticas*, cujos enunciados apenas devem orientar a ação política e, portanto, não conferem direitos subjetivos aos indivíduos. Apesar dessa divergência doutrinária, é intensa a proliferação de normas domésticas (inclusive em sede constitucional), normas comunitárias (no âmbito da União Europeia), e normas internacionais (nos sistemas universal e regionais de proteção aos direitos humanos) prevendo amplo elenco de direitos econômicos, sociais, e culturais, inclusive dotando-os de mecanismos de garantia e exigibilidade.

A tônica dessa incorporação de novos direitos ao rol de direitos humanos é dada pelo princípio da indivisibilidade, reconhecido no art. 5º. da *Declaração de Viena*³⁰⁸ (resultado da *Conferência de Viena de 1993 - Conferência mundial de direitos humanos da ONU*), pelo qual todos os direitos humanos devem ser garantidos em conjunto, e protegidos com a mesma ênfase, independente da categoria a que pertençam. Também contribui para essa visão a noção de que o gozo de direitos sociais, em sentido amplo, com a garantia de condições adequadas de sobrevivência e desenvolvimento para todos os seres humanos, é indispensável para o gozo de direitos civis, políticos, ou até mesmo os direitos humanos ditos de terceira geração.

Essas noções, contudo, são recheadas de controvérsias acirradas, tanto na doutrina

³⁰⁸ O enunciado do art. 5º. da Declaração de Viena dispõe que: “*Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes, e inter-relacionados*”.

internacionalista quanto nos planos internos aos Estados, sob a crítica de que não passaria de ingênua retórica a defesa da indivisibilidade dos direitos humanos, dado às restrições à plena eficácia e judiciabilidade dos direitos sociais.

Parte considerável dessa controvérsia foi resolvida com a ponderação de parte da doutrina de que não são apenas os direitos sociais que exigem prestações positivas do Estado, mas sim todos os direitos, inclusive os ditos *direitos de liberdade negativas*, já que, para garanti-los, o Estado deve, além de não atingi-los, abster-se de ação que os viole, manter um aparato de fiscalização para implementá-lo, dentre outras políticas públicas, as quais demandam prestações positivas, como a manutenção dos aparatos de segurança pública, dentre outros.

Neste particular, parte da doutrina já considera a escassez de recursos (suposto fundamento do *princípio da reserva do possível*) como uma mera *retórica*, de forte cunho ideológico, e sem possibilidade de conciliação com o estágio atual de positivação dos direitos humanos. Assim, autores mais críticos a esse princípio defendem, ao menos, que haja uma inversão do ônus da prova, cabendo ao Estado acusado de violação de direitos sociais demonstrar, de modo claro e preciso, a ausência concreta de recursos financeiros para efetivar direitos sociais aos quais assumiu o compromisso de proteger.

Todas essas questões geram forte impacto no traço da universalidade, que precisa sofrer adaptações para ser aplicada aos direitos sociais, devido à complexidade destes, e também ao seu regime jurídico próprio. A própria densidade de conteúdo das espécies de direitos sociais, que abrange diversos outros direitos componentes em seu bojo, leva a tal necessidade, eis que cada Estado irá assegurar e aplicar, no plano doméstico, a espécie de direito social com um conteúdo ou nível de efetividade adaptado às suas necessidades ou opções políticas.

Assim, os direitos sociais, em sua expansão para atingir todas as pessoas em todos os lugares, serão decompostos em outros tantos direitos, e terão níveis de proteção e efetividade ainda mais diferenciados que os demais direitos humanos, devido a fatores como a diversidade cultural, escassez de recursos financeiros, e eleição de políticas públicas a eles destinadas. Em consequência, sua exigibilidade apta a configurar a responsabilidade internacional estatal por eventuais violações restringe-se ao núcleo essencial desses direitos, entendido como o grau mínimo de proteção ao seu gozo a preservar o desenvolvimento adequado das potencialidades humanas e a dignidade das condições de vida.

A aplicação dos direitos sociais, portanto, é imbricada em fatores extrajurídicos que dão a tônica de sua complexidade. Porém, o intérprete dos direitos sociais, seja este o legislador, o juiz, o administrador de políticas públicas, dentre outros, não pode perder de vista que a sua compreensão e aplicação deve ter como norte a ampliação no grau de efetividade desses direitos ou, dito em outras palavras, sua expansão progressiva, e na exata medida dos recursos humanos e financeiros à disposição do Estado.

Essa meta específica dos direitos sociais, de promover mudanças sociais ao garantir aos indivíduos um nível mínimo de condições de vida que garanta a sua dignidade ao mesmo tempo em que permita o seu desenvolvimento, implica o desenvolvimento de uma hermenêutica própria, com métodos e instrumentos de análise adaptados a esse fim, tais como o uso de indicadores sociais qualitativos e quantitativos de resultados para a aferição do nível de acesso e gozo desses direitos, e a constatação de eventuais retrocessos ou violações.

Por outro lado, a prática dos direitos sociais demonstra uma grande ambiguidade em relação aos DESC, pois os tratados internacionais que os prevêm, em regra, contam com número reduzido de adesões (em comparação aos que elencam direitos civis e políticos), estabelecem mecanismos menos efetivos de garantia desses direitos, ao tempo em que as cortes internacionais de direitos humanos por vezes evitam a declaração de violações a DESC e, no plano doméstico, alguns tribunais constitucionais ainda hesitam em reconhecer a possibilidade de manifestação judicial quando não existem políticas públicas ou estas são insuficientes ou inadequadas para a garantia de alguma espécie dessa categoria de direitos.

Tais ambiguidades em matéria de garantias e judiciabilidade de direitos econômicos, sociais, e culturais ocorrem, portanto, tanto no sistema universal de proteção quanto nos sistemas regionais europeu e americano e ainda nos sistemas nacionais. Como descrevemos alhures, a proteção internacional aos direitos sociais, econômicos e culturais ocorre, simultaneamente e de forma complementar, nos sistemas universal e regionais de proteção (integrados aos sistemas nacionais dos Estados deles participantes), sendo que, atualmente, contamos com um sistema regional europeu, o pioneiro e mais desenvolvido nesta matéria, o sistema interamericano, dotados de particularidades decorrentes das adaptações à cultura jurídica latino-americana, e o incipiente sistema africano, ainda em fase de implementação.

No sistema universal, estruturado, prioritariamente, no seio da *Organização das Nações Unidas* (mas também em outras organizações internacionais), o documento mais importante em matéria de DESC é o *Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos*

Econômicos, Sociais e Culturais, que estabelece extenso rol de direitos sociais mas, contudo, somente prevê como mecanismo de controle a produção de relatórios periódicos pelos Estados signatários, destinados a informar ao *Comitê Econômico e Social da ONU* os progressos realizados na implementação desses direitos (art. 16).

O mecanismo de controle da proteção aos DESC instituído, no âmbito do *Conselho da Europa*, pela *Carta Social Europeia* (datada de 1965), também era limitado à elaboração de relatórios periódicos avaliados por um Comitê intergovernamental, até que, em 1998, entrou em vigor o *Protocolo Adicional de Reclamações Coletivas*, estipulando um procedimento específico de apuração de violações a direitos sociais, que pode resultar na emissão de uma recomendação de constatação da violação, devendo o Estado acusado cumpri-la, elegendo os meios internos para tanto, de modo semelhante ao que ocorre com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Esse relativo avanço na proteção aos DESC no SEDH reitera o pioneirismo do continente europeu na criação de sistemas, órgãos e mecanismos de proteção aos direitos humanos como um todo, o que pode ser atribuído, em grande parte, às graves violações decorrentes dos horrores praticados nas duas grandes guerras mundiais, em sua maioria ocorridas em solo europeu, com forte impacto sobre as sociedades ali ordenadas.

A jurisprudência relativa aos direitos sociais produzida pela Corte EDH revela, neste particular, uma *permeabilidade material* dos direitos sociais no controle jurisdicional por esta exercido, por meio de originais métodos e critérios interpretativos, os quais permitem a sua integração ou identificação no conteúdo de outros direitos textualmente garantidos na CEDH, porém sempre equilibrada com a estratégia de não impor aos Estados signatários a adoção de medidas positivas custosas e que prejudiquem a sua livre administração dos interesses públicos (dosando-os com os particulares), observando os limites das finanças estatais.

No *Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, por seu turno, a proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais é também marcada por uma grave ambiguidade no que diz respeito à diferença entre a ampla normatização desses direitos oferecida por este sistema regional e o baixo grau de judiciabilidade e reconhecimento de responsabilidade internacional de Estados por suas violações pela Corte IDH.

Tal ambivalência já se faz presente desde a normatização dos DESC, pois, enquanto a *Convenção Americana de Direitos Humanos* (mais conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, de 1978) traz um rol extenso de direitos civis e políticos, esta somente conta com

um único artigo sobre os DESC, prevendo apenas o direito ao desenvolvimento progressivo destes direitos. Os direitos de segunda geração, e, suas espécies, somente foram listados no *corpus* jurídico do sistema interamericano quase vinte anos depois, no *Protocolo de San Salvador*, que entrou em vigor em novembro de 1999, contando com a ratificação de apenas 14 Estados-membros.

O principal instrumento normativo do sistema interamericano em matéria de DESC é, portanto, o *Protocolo de San Salvador*, que gerou uma determinação do conteúdo do art. 26 da CEDH, explicitando as espécies de direitos sociais, em sentido amplo, protegidos no sistema interamericano. Contudo, a essas espécies de direitos sociais, em geral, somente foi conferido o mecanismo de proteção através de *relatórios periódicos de implementação*, apresentados pelos Estados signatários ao *Secretário-Geral da OEA*, que os transmitirá ao *Conselho Interamericano Econômico e Social* e ao *Conselho Interamericano da Educação, Ciência e Cultura*, a fim de que os examine.

Os resultados das análises desses relatórios são publicados em relatório anual (art. 19 do Protocolo). Somente aos direitos relativos à organização sindical e à educação (alínea a do art. 8. e art. 13 do Protocolo) foram contemplados com um mecanismo mais eficaz de proteção, qual seja, a aplicação do *sistema de petições individuais*. Ou seja, textualmente, apenas estes possuem judiciabilidade e suas violações podem ser objeto de denúncia à Com IDH, que eventualmente poderá transmiti-la ao exame pela Corte IDH.

Desse modo, podemos afirmar que, no sistema interamericano, apesar desse extenso rol de direitos sociais garantidos aos indivíduos sujeitos à ação dos Estados signatários da CADH, somente são garantidos mecanismos eficazes de proteção a violações aos direitos à liberdade sindical e à educação, já que apenas estes podem ser objeto de denúncias à *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, se for o caso, de exame pela Corte IDH, no que se refere a danos coletivos ou individualmente sofridos.

No entanto, cremos que, devido à previsão do direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC no art. 26 da CADH, que não está submetido a essa restrição do *Protocolo de San Salvador*, também pode haver denúncias de violações a esse direito junto à Com IDH, com possibilidade de gerar casos com esse objeto submetidos à Corte IDH (o que de fato tem ocorrido na prática do SIDH). Essa possibilidade decorre do fato de que, apesar dos direitos sociais em sentido amplo estarem submetidos a um regime jurídico próprio, com condicionantes que os limitam por razões extrajurídicas, como a possível escassez de recursos

materiais e humanos, é viável se verificar violações quando ocorre a regressividade na proteção desses direitos como um todo, enquanto a CADH prevê a progressividade.

Neste sentido, muitos autores defendem, inclusive, a existência de um princípio geral no regime jurídico dos direitos sociais que indicaria a *vedação ao retrocesso social*, entendido como uma redução no sistema de proteção social que já vinha sendo garantida (ao menos em nível normativo) aos indivíduos submetidos a um determinado sistema jurídico.

Os estudos dos casos envolvendo denúncias de violações a DESC julgados pela corte IDH mostra um padrão recorrente em sua jurisprudência, que é formada por um conjunto de decisões com grande ênfase na violação de direitos sociais de grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade, como povos indígenas e crianças. Outra referência feita a essa jurisprudência envolve uma interpretação ampliadora do direito à vida, para abranger a vida digna, abrindo a possibilidade de defesa de DESC nessa concepção.

Também se pode constatar que a jurisprudência da Corte IDH demonstra que são efetivamente analisadas as violações às espécies de direitos sociais agraciadas pelo *Protocolo de San Salvador* com a garantia do mecanismo de petições individuais (direito à liberdade sindical e direito à educação – este de modo especial quando envolve grupos vulneráveis, como crianças e povos indígenas).

Porém, quando o caso envolve violações às demais espécies de direitos sociais, sem envolver pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade social, como o direito a condições equitativas de trabalho, ou à seguridade social, ainda que se verifique a violação ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC (previsto no art. 26 da CADH), a jurisprudência da Corte IDH demonstra um padrão de omissão na análise e declaração da violação a este artigo.

Os argumentos utilizados variam desde questões processuais, como os limites da lide, equivocadamente inserindo nestes não apenas os fatos mas também os direitos alegados como violados na demanda proposta pela Comissão, até interpretações restritivas do alcance deste direito (como a exigência de um número tal de requerentes que configure um dano social coletivo), retirando seu caráter de direito subjetivo individual e, conseqüentemente, sua judiciabilidade.

Neste sentido, a jurisprudência da Corte IDH demonstra um padrão de omissão em relação ao tema da progressividade dos DESC, apesar de, reiteradamente, declarar que não existe hierarquia entre estes e os direitos civis e políticos no SIDH, e que os Estados podem ser responsabilizados internacionalmente por violações ao dever de proteger esses direitos. A

Corte IDH, em suas decisões, opta, regularmente, por não analisar as violações ao art. 26 da CADH, e fundamentar suas condenações em direitos civis (especialmente no direito à propriedade privada, e direito às garantias e proteção judiciais, e direito à integridade física).

Não vemos sentido nessa proteção, dita indireta, dos direitos sociais, sem fundamentação em declaração expressa de sua violação, em um sistema baseado na suposta igualdade normativa e interdependência entre direitos de primeira e segunda gerações. Essa ambiguidade fica evidente quando se verifica, por exemplo, que as obrigações integrantes de boa parte das condenações incluem, contraditoriamente, o pagamento de indenizações de dano material correspondente a direitos de índole social, como o pagamento de salários e benefícios previdenciários sonegados, e ainda incluem o pagamento de dano moral pelo sofrimento causado pela ausência de gozo desses direitos.

Neste ponto, não podemos deixar de observar, contudo, que a jurisprudência da Corte IDH em matéria de DESC representa um avanço, ao menos em relação ao previsto na legislação brasileira, na medida em que firmou o entendimento de que as violações de direitos laborais e previdenciários podem gerar danos à esfera extra patrimonial dos indivíduos atingidos, e não apenas danos materiais, decorrente da supressão de pagamentos de natureza salarial ou previdenciária.

Nos casos estudados envolvendo tais direitos, foram deferidas indenizações por dano moral ou imaterial, com base na angústia, sofrimento, e desorganização das esferas privadas e familiares geradas com as perdas injustificadas de cargos públicos, salários, e pensões. Neste sentido, por exemplo, os casos *Cinco Pensionistas vs. Perú*³⁰⁹, *Trabajadores Cesados del Congreso*³¹⁰, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*³¹¹, e *Abril Alosilla Vs. Perú*³¹², dentre outros.

Esse entendimento, apesar de ser bastante razoável e coerente com a máxima proteção à dignidade da pessoa humana, não é predominante na doutrina e jurisprudência trabalhista e previdenciária brasileiras, onde se vê prevalecer o argumento de que o pagamento das verbas sonegadas promove a reparação integral dos danos sofridos, que

³⁰⁹ *Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, p. 80. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 25 de junho de 2013. Tradução livre.

³¹⁰ *Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, p. 59. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 25 de junho de 2013. Tradução livre.

³¹¹ Ver a *Sentencia de 02 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, p. 115. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 25 de junho de 2013. Tradução livre.

³¹² Ver a *Sentencia de 4 de marzo de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 25 de junho de 2013. Tradução livre.

somente teriam feição patrimonial.

Tal visão é coincidente com os resquícios de uma tradição jurídica arcaica e com um certo ranço escravocrata, onde o trabalhador e, posteriormente, o aposentado ou pensionista, não é visto como um ser humano em sua integralidade, mas tão somente como mais um meio de produção, de modo que a contraprestação devida pelo seu dispêndio de força de mão de obra é o máximo que lhe pode ser devido.

Em se tratando da jurisprudência nacional brasileira, é comum o *Tribunal Superior do Trabalho* e também outros tribunais trabalhistas domésticos decidirem, por exemplo, contrariamente ao pleito de indenização por danos morais em casos de atraso no pagamento de salários, verbas rescisórias, e outras de caráter trabalhista, em completa indiferença à realidade social brasileira, onde a esmagadora maioria dos trabalhadores e suas famílias somente contam esses rendimentos para sobreviver, e entram em situação de completo desespero e desamparo quando estas lhe são sonegados, sofrendo evidente dano moral³¹³.

Como uma síntese do que observamos, podemos concluir que a jurisprudência da Corte EDH contribui para a expansão harmônica dos direitos sociais nos Estados signatários da CEDH, à medida em que não evitou analisar matérias deste campo quando interligadas a direitos garantidos textualmente na convenção, superando a falta de judiciabilidade formal

³¹³ Neste sentido: “Economista que passou nove anos sem férias será indenizada por dano existencial. A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) condenou a Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – Cassems a indenizar em R\$ 25 mil uma economista de Campo Grande que estava há nove anos sem conseguir tirar férias. A Turma considerou que a supressão do direito prejudicou as relações sociais e os projetos de vida da trabalhadora, configurando o chamado dano existencial. Formada em economia, ela começou a trabalhar na Cassems em 2002 como assessora do presidente da instituição, e disse que, embora apresentasse todos os requisitos para ensejar o reconhecimento da relação de emprego, como subordinação e não eventualidade, nunca teve sua carteira assinada. Afirmou ainda que, durante todo o contrato de trabalho, nunca tirou férias. Em 2011, a trabalhadora foi demitida sem justa causa. A Cassems considerou absurdo o pedido de indenização. Afirmou que a economista jamais preencheu os requisitos para configuração da relação de emprego, pois a relação desenvolvida era de caráter autônomo, através de contrato eminentemente civil. A associação ainda alegou que a trabalhadora faltou com a verdade quanto à jornada de trabalho. “Ela passava dias sem aparecer na empresa e não dava explicações”. A Cassems ainda defendeu que a assessora teve toda a oportunidade de descansar física e emocionalmente durante várias épocas do ano. O Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região reconheceu o vínculo de emprego, mas indeferiu a indenização por danos morais. Conforme o Regional, seria necessário haver “provas robustas” da intenção perversa do empregador no sentido de prejudicar a trabalhadora. Ainda segundo o TRT, foi-lhe garantido, “como forma de compensá-la”, o direito ao pagamento de férias em dobro (artigo 17 da CLT). Dano existencial. O relator do processo no TST, ministro Hugo Carlos Scheuermann, ressaltou que a questão não se referia ao pagamento de férias não concedidas, e sim à violação do direito às férias. **Quanto ao dano existencial, Scheuermann explicou que esse consiste no dano ao patrimônio jurídico personalíssimo, aqueles ligados à vida privada e à intimidade. O dano existencial ou à existencialidade teria todos os aspectos do dano moral, mas abriria uma nova vertente ao particularizar o dano na frustração do trabalhador em não realizar um projeto de vida e no prejuízo das relações sociais e familiares, em razão da privação do seu direito ao descanso.** Nesse sentido, segundo o magistrado, o Regional violou o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. A decisão foi unânime na Primeira Turma. (Ricardo Reis/CF). Processo: TST-RR-727-76.2011.5.24.0002. Secretaria de Comunicação Social. Tribunal Superior do Trabalho” (grifamos).

dos direitos sociais no SEDH. E o fez utilizando-se de uma tendência à interpretação dinâmica e evolutiva, que acompanha as mudanças sociais e não engessa a regulação jurídica das sociedades. É digno de nota, neste particular, a dosagem do controle de convencionalidade feito pelo uso da MNA, com a vantagem do juiz europeu não substituir o legislador, o administrador de políticas públicas, enfim, o aplicador nacional dos direitos sociais, único habilitado a fazer as escolhas políticas que este processo requer.

Na busca desse equilíbrio, entre supervisão e controle da ação estatal e subsidiariedade das normas do SEDH, entre proteção a interesses particulares e interesse geral, entre garantia dos direitos convencionais e liberdade de ação política, alguns métodos e critérios interpretativos ainda precisam ser aprimorados, para que seu uso seja mais consistente e transparente (como, por exemplo, ocorre com o *critério da relação direta e imediata*). Porém, a avaliação geral da jurisprudência da Corte EDH em matéria de direitos sociais é positiva, e aponta para uma tendência que favorece a expansão harmônica desses direitos no contexto europeu.

Em sentido oposto, não podemos considerar que a jurisprudência da Corte IDH em matéria de DESC tenha atingido um grau de maturidade satisfatório, no sentido de contribuir para a expansão harmônica desses direitos no continente americano, por ainda se mostrar bastante omissa em declarar as violações ao art. 26 da CADH, causando um descompasso entre a proteção normativa, extensa no plano teórico, e a efetiva proteção judicial, que não ocorre na prática do SIDH.

Ao pensarmos em termos de valorização simbólica da declaração de violações de direitos humanos, do peso político e estratégico (para as relações internacionais e política interna) da responsabilização internacional de um Estado e da construção de uma jurisprudência regional, podemos verificar que as consequências dessa omissão são indesejáveis para o contexto americano, ainda marcado por um profundo desrespeito aos direitos humanos, e aos direitos sociais em particular. Tal postura da Corte IDH não contribui para a constituição e efetivação de um sistema de garantia dos direitos humanos, e deve ser modificada, para o incremento, inclusive da própria legitimidade da Corte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014.
- ALVES, Patrícia Vignolo. **A Interdependência Complexa e os Direitos Humanos**. In: OLIVEIRA, Odete Maria e DAL RI JÚNIOR, Arno (orgs.). **Relações Internacionais: interdependência e sociedade global**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.
- ALVIM, Mariana de Souza. **A Adesão formal da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem no Tratado que estabelece uma constituição para a Europa. Constitucionalismo europeu em crise?** Lisboa: AAFDL, 2006.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDRIANSTSIMBAZOVINA, Joël. GAUDIN, Hélène. MARGUENAUD, Jean-Pierre. RIALS, Stéphane. SUDRE, Frédéric (orgs.). **Dictionnaire des droits de l'homme**. 2^a. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2012.
- ANDRADE, José Maria de. **Economicização do Direito Concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- ARANTES, Amanda Carolina Cota. FRANCO, Karina Marzano. BRAZ DE CASTRO, Bruno. **A Corte Europeia de Direitos Humanos**. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto. SILVA, Roberto Luiz (orgs.). **Manual de Direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARNAUD, André-Jean. **Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2003.

_____. **Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État**. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004.

ASÍS, Rafael. **La interpretación de la constitución en una sociedad multicultural**. In: VIGO, Rodolfo L. (et. al.). **Interpretación e argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales**. 1. ed. Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2011.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación**. Barcelona: Editora Ariel, 2006.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. **Informe 2008. Los de afuera? Patrones cambiantes de exclusion em América Latina y Caribe**. Washington, 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2013.

BARRITA, Noemy. **L'émergence de la problématique de l'extreme pauvreté au sein des Nations Unies**. In: DECAUX, Emmanuel. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Alice (orgs.). **La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme**. Paris: Editions A. Pedone, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. São Paulo: Zarah, 2009.

BEC, Colette. **De l'Etat social à l'état des droits de l'homme?** Renne: Presses Universitaires de Rennes, 2007.

BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. New York: Oxford University Press, 2009.

BERGE, Jean-Sylvestre. ROBIN-OLIVIER, Sophie. **Droit européen. Union européenne. Conseil de l'Europe**. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRAVO, Fernando Quintana. **Interpretación y argumentación jurídica**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **La Convention européenne des droits de l'homme**. Paris: L.G.D.J., 2012.

CALDAS, Roberto. **El Papel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos em Matéria de Direitos Sociais**. Revista da Associação Latino-Americana de Juízes do Trabalho – ALJT. Ano VII, n. 9, p.42-44, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Ed. Fundação Universidade de Brasília, 1998.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CASADEVAL, Josep. **El convenio europeo de derechos humanos, el tribunal de**

Estrasburgo y su jurisprudencia. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. **Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas.** Hastings Law Journal, vol. 56, p. 217/282, dec./2004.

CHATTON, Gregor T. **Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels.** Genève: Schulthess Médias Juridiques SA, 2013.

CHEVALIER, JAQUES. **L'Etat post-moderne.** 4. ed. Paris: Maisons des Sciences de l'Homme, 2014.

COELHO, Inocência Mártires. **Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica. Fragmentos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

COMBESQUE, Marie Agnès (coord.). **Introdução aos Direitos do Homem.** Lisboa: Terramar – Editores, Distribuidores e Livreiros Ltda., 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979 – 2004.** San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

CUNHA, José Ricardo, e BORGES, Nadine. **Direitos humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão.** In: CUNHA, José Ricardo (org.). **Direitos humanos, Poder judiciário e sociedade.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

DECAUX, Emmanuel. FROUVILLE, Olivier. **Droit international public.** 9. ed. Paris: éditions DALLOZ, 2014.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

_____. **Le flou du droit. Du Code Pénal aux droits de l’homme.** Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

_____. **Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l’universel.** Paris: Éditions du Seuil, 2004.

_____. **Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné.** Paris: Éditions du Seuil, 2006.

_____. **Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs.** Paris: Éditions du Seuil, 2007.

_____. **Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?** Paris: Éditions du Seuil, 2011.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencéfalo.** Revista de direito internacional. Vol. 9. N. 4, 2012.

DONELLY, J. **International Human Rights.** Westview Press, 2013.

DORADO PORRAS, Javier (coord.). **Historia de Los Derechos Fundamentales. Tomo III: Siglo XIX. Volumen II. La Filosofía de los Derechos Humanos. Libro I. Capítulo XXVIII Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Apuntes para su Formación Historica.** Madri: Editorial DYKINSON.

ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. **A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa.** Revista de direito internacional. Vol. 11., n. 1, p. 117-133, 2014.

ESTAY, Jose Ignacio Martinez. **Valor e sentido dos direitos sociais.** In: FERREIRA DA CUNHA, Paulo (org.). **In: Direitos humanos. Teorias e práticas.** Lisboa: Livraria

Almedina, 2003.

FARIA, José Eduardo. Prefácio. *In: Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FARIAS, James Magno A. **Direitos Sociais no Brasil: o trabalho como valor constitucional**. São Luís: Azulejo Editora, 2010.

FERNANDES, Antonio José. **Direitos humanos e cidadania europeia. Fundamentos e dimensões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

FERNANDES, Elizabeth Alves. **O Papel do Judiciário na Efetivação dos Direitos Sociais**. *In: BOITEUX, Elza Antonio Pereira Cunha (coord.). DOS ANJOS FILHO, Robério Nunes (org.). Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato*. Salvador: Editora Jus Podium, 2010.

FERNANDES, Tiago. **A Sociedade Civil**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1997.

GALINDO, Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GALTUNG, Johan. **Direitos humanos – uma nova perspectiva**. Tradução de Margarida Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

GAUTRON, Jean-Claude. **Droit européen**. Paris: Editions DALLOZ, 2012.

GOMES, Eduardo Biacchi. **União Europeia e Multiculturalismo. O diálogo entre a democracia e os direitos fundamentais**. 1. ed. 2. reimp. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

- GORJÃO – HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário – Sumários desenvolvidos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie. ROMAN, Diane. **Droits de l’Homme et libertés fondamentales**. Paris: Éditions DALLOZ, 2013.
- HUNT, L. **Inventing Human Rights. A History**. NY: Norton, 2007.
- IGNATIEF, M. e GUTMANN, A. **Human Rights as Politics and Idolatry**. University Center for Human Values. Princeton University, 2001.
- JULLIEN, François. Quel absolu pour les Droits de l’homme. *In*: NETO, Magalhães Hamilton (org.). **Human Rights and their Possible Universality**. Rio de Janeiro: Educam – Editora Universitária Cândido Mendes, 2009.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LEÃO, Renato Zerbini. **La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos em matéria de derechos económicos, sociales y culturales**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.
- LÉCUYER, Yannick. **Mémento de la jurisprudence de la CEDH**. Paris: Hachete Livre, 2012.

- LEVINET, Michel. **Théorie général des droits et libertés**. 4. ed. Bruxelles: Editions Nemesis, 2012.
- LIMA, Sergio Eduardo Moreira. **A reflection on the universality of human rights, democracy and the rule of law in International Relations**. In: MAGALHÃES NETO, Hamilton (coord.). **Human rights and their possible universality**. Rio de Janeiro: Academy of latinity, 2009.
- LOCHAK, Danièle. **Le droit et les paradoxes de l'universalité**. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.
- LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados internacionais sobre direitos humanos na constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- MARÓN, José Manuel Peláez. **Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
- MARTÍN, Araceli Mangas. NOGUERAS, Diego J. Liñán. **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Lisboa: Edições Almedina, 2014.
- MARTINS, Estevão Chaves de Rezende Martins. **Relações Internacionais. Cultura e Poder**. Brasília: IBRI, 2002.
- MAZUOLI, Valério de Oliveira, **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica**

brasileira. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

MINGST, Karen A. **Princípios de Relações Internacionais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MONTESSO, Cláudio. DE FREITAS, Marco Antonio. STERN, Maria de Fátima. **Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois.** São Paulo: Ltr, 2008.

MOREAU, Marie-Ange. **Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations.** Paris: Editions DALLOZ, 2006.

MOREAU, Marie-Ange. WATT, Horatia Muir. RODIÈRE, Pierre (orgs.). **Justice et mondialisation en droit du travail. Du Role du juge aux conflits alternatifs.** Paris: Editions DALLOZ, 2010.

MOREIRA, Nelson Camata. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MOTA DE CAMPOS, João. MOTA DE CAMPOS, João Luiz. **Contencioso Comunitário.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

NEVES, Marcelo. **A Força simbólica dos direitos humanos.** SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

NIVARD, Carole. **La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen.** Bruxelas: Éditions Bruylant, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais.** 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PANIKKAR, Raimundo. **Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?** In: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEARSON, Frederic S. ROCHESTER, J. Martin. **International relation. The global condition in the late twentieth century**. 3. ed. MacGraw-Hill Inc., 1988.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Técnos, 2010.

PINHEIRO, Marcelo Ribeiro. **A eficácia e efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional: em busca da superação de obstáculos**. Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre perante a Universidade de Brasília, em 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 4. ed., revista ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Airton Pereira. **Direito do Trabalho, Direitos Humanos Sociais e a Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Processo internacional de direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos. Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. **Da Comunidade internacional e do seu direito. Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público. Curso elementar.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIDEAU, Joel. **Le droit de l'Union Européene.** 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro).** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROMAN, Diane. **La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances.** Paris: Editions A. Pedone, 2011.

_____. **Les droits sociaux, “droits des pauvres” ou droits de l’Homme? In: BORGETTO, Michel (org.). Les droits sociaux, entre droits de l’Homme et politiques sociales. Quels titulaires pour quels droits? L.G.D.J. Paris: Lextenso éditions, 2012.**

ROUSSEAU, Dominique. Prefácio. *In: BORGETTO, Michel (org.). Les droits sociaux, entre droits de l’Homme et politiques sociales. Quels titulaires pour quels droits?* Paris: Lextenso éditions, 2012.

SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo essencial dos direitos sociais.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos.**

- In*: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SOARES, António Goucha. **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- SOARES, Dilmanoel de Araújo Soares. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- SOARES, Mario Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário. Por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.
- SÓFOCLES. **Antígona**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- SOREL, Jean-Marc. **De l'objet au sujet universel en droit international: la quête de l'impossible?** *In*: KOUBI, Geneviève. JOUANJAN, Olivier (orgs.). **Sujets et objets universels en droit**. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2007.
- SUPIOT, Alain. **L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché totale**. Paris: Editions du Seuil, 2010.
- TEIXEIRA DE ALMEIDA, Ramiro Rockenbach da Silva Matos. **Direitos Humanos, Reserva do Possível e ônus da prova**. *In*: MANENTE, Ruben Rockenbach e outros (orgs.). **Teoria Crítica dos direitos humanos. Das lutas aos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

TEYSSIE, Bernard (org.). **La norme transnationale et les relations de travail**. Paris: Editions Panthéon-Assas, 2014.

_____. **L'articulation des normes en droit du travail**. Paris: Economica, 2011.

TEXIER, Philippe. **L'enjeu du protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels**. In: La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-2008. Réalité d'un idéal commun? Les droits économiques, sociaux et culturels en question. Paris: La Documentation française, 2009.

THOUVENIN, Jean-Marc, e TREBILCOCK, Anne (orgs.). **Droit international social. Droit économiques, sociaux et culturels**. Tome 1 Particularités du droit international social. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2013.

TURGIS, Sandrine. **Les Interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne**. Paris: Éditions A. Pedone, 2010.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: Uniceub, 2013.